

مَجَلَّةُ الْحُقُوقِ

لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْضَائِيَّةِ

تصدرها

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكى عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور حسين فهمي

السنة السابعة (١٩٥٦ - ١٩٥٧)
المجلدات الأول والثاني

مُطْبَعَةُ جَامِعَةِ الْأَسْكَدَرِيَّةِ

١٩٥٨

لجنة التحرير

- ١ - الأستاذ الدكتور حسين فهمى (عميد الكلية)
- ٢ - الأستاذ الدكتور عمر ممدوح مصطفى (وكيل الكلية)
- ٣ - الأستاذ الدكتور عبد الحميد متولى
- ٤ - الأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا
- ٥ - الأستاذ الدكتور على صادق أبو هيف
- ٦ - الأستاذ الدكتور أنور سلطان
- ٧ - الأستاذ الشيخ عمر عبد الله
- ٨ - الأستاذ الدكتور محمود رياض عطيه

مَجَلَّةُ الْحُقُوقِ

لِلْبَحْثِ الْقَانُونِيِّ وَالْاِقْصَادِيَّةِ

تصدرها

كلية الحقوق في جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكي عبدالمتعال

رئيس التحرير : الدكتور ميسون فهمي

العددان الأول والثاني
السنة السابعة (١٩٥٦ - ١٩٥٧)

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٥٧

فهرس

صفحة

- ١ — تسبيب الأحكام ٣
(للأستاذ الدكتور أحمد أبو الوفا)
- ٢ — نظام الأموال بين الزوجين ٩٩
(للأستاذ الدكتور حسن بنداى)
- ٣ — دائرة خص الطمون بمحكمة التقض ٢٥٥
(الدكتور عبد الوهاب المشاوى المحامى)
- ٤ — كتاب اغاثة الأمة بكشف الغمة ٢٨٩
(للأستاذ الدكتور حسين فهمى)
- ٥ — أساس القانون الادارى ونطاق تطبيقه ٢٩٥
(للأستاذ الدكتور محمد فؤاد مهنا)
- ٦ — التعليق على الأحكام ٣٢٥
(للدكتور على البارودى)

السنة السابعة

وهذه سنة جديدة تستفتحها المحلة وهي تسير على الخطة التي استنتها منذ انشائها، في سبيل ارساء دعائم العلوم القانونية والاقتصادية على أسس وطيدة، مع التعمق في البحث والاستقصاء، شأن الأستاذة الذين يسهمون في اصدارها، ولا يألون جهدا في الوصول بها إلى الكمال .

والبلاد تمر الآن في مرحلة من مراحل تطورها المحيد ، ففي أواخر القرن التاسع عشر . منذ بدأت القومية العربية تسطر أولى صفحاتها في سجل الأحداث ، لم تحز حركة العروبة انتصارا أروع أو ألمع من توحيد القطرين الشقيين مصر وسوريا في الجمهورية العربية المتحدة . وهذا ولا شك مدخل لفصل جديد ، يعتقد الراصدون السياسيون ، وبحق ، أنه سيفير مجرى التاريخ في هذا الجزء من العالم . وقد استتبع ذلك أن بدأت حركة لتوحيد التشريعات والأنظمة القضائية في كلا القطرين . بل ولتنسيق نظام التدريس في كليات الحقوق بهما ، الأمر الذي سوف يلقى على رجال القانون في القطرين عبءا لاشك أنهم مضطلمون به على أحسن حال .

والحركة التشريعية في البلاد تمر الآن في أوجها ، فقد أمتدت يد الاصلاح إلى مختلف النواحي كبيرها وصغيرها . والتشريع آلة الاصلاح ، وعلى الأستاذة وغيرهم من رجال الفقه ، أن يفسروا هذه التشريعات المتعددة عن طريق استخلاص الأصول وضبطها ، مع مراعاة الاعتبارات العملية الملازمة ، وعندئذ لن تقتصر مهمتهم على التفسير فحسب ، بل لعلهم أن يخلقوا قواعد قانونية جديدة عن طريق القياس والابتداع . فان المشرع مهما أوتي من الحكمة ونفاذ البصيرة لا يلم بجميع الاعتبارات العملية التي قد توافى التطبيق ، والحياة سريعة التطور في ميادينها الاقتصادية والاجتماعية ، والتنبؤ النظري له حدود لا يتجاوزها .

وعلى هذا النهج ووفقا لهذه السنة تسير مجلة الحقوق قدما في سبيل تحقيق رسالتها والله الهادي الى سواء السبيل .

تسيب الأحكام

لمؤننن الركنور اءمء أبو الررفن

١ - أءمة تسيب الأحكام (١) :

لعل تسيب الحكم هو أشق المهمن الملقاة على عاتق القاضى ، لأن كتابته وأسبابه تتطلب منه فضلا عن اقتناعه هو بما اختاره من قضاء - أن يقنع به أصحاب الشأن وكل من يطلع على حكمه بقصد مراقبته .

ويقصد بضمانه تسيب الأحكام :

١ - التحقق من أن القاضى قد اطلع على كل وقائع القضية وجميع المستندات والأوراق المقدمة فيها واتصل علمه بجميع ما أبداه الخصوم من طلبات ودفع .

٢ - التحقق من أن القاضى قد استخلص الوقائع الصحيحة فى الدعوى من واقع اءبات يميزه المشرع . تم صحيحا فى مواجهة أصحاب الشأن ، أو من واقع الأوراق المقدمة فيها والأدلة بحسب قوتها التى يمنحها إياها القانون الموضوعى .

٣ - التحقق من أن القاضى قد فهم ما أحاط بالدعوى من مسائل قانونية وأنه قد كيفها التكييف الصحيح بعد التحقق من توافر شروطه ، وأنه قد أرسى عليها الآثار القانونية الصحيحة .

(١) أنظر فى هذا الموضوع جلاسون وتسيب وموريل ٣ رقم ٧٤٤ وما يليه ، La cour de cassation - Faye - وانظر تحت عبارة jugement ربررتوار دالوز ، ربررتوار دالوز العمل ، ربررتوار دالوز الجديد سنة ١٩٥٠ ، ربررتوار دالوز للمراضات الصادر سنة ١٩٥٦ رقم ٢٣٠ وما يليه ص ١٧٩ وما يليها ، وجارسونيه وسيزار برو الجزء الثالث ، وموريل طبعة ٣ ، سنة ١٩٤٩ ، و Bonnier فى Eléments d'organisation judiciaire et de " procédure civile " ، و Marty فى كتابه " La distinction du fait et du droit " ، وكتاب النقض فى المواد المدنية والتجارية للاستاذ حامء فهمى ، وتعليقات دالوز على المادة ١٤١ من قانون المراضات الفرنسى .

والقضاء المسبب هو مظهر قيام القاضى بما عليه من واجب تدقيق البحث وامعان النظر لتعرف الحقيقة التى تشف عنها أحكامه ، وبه وحده يسلم من مظنة التحكم والاستبداد ، ويرتفع عنه الشك والريب والشبهات .

والقضاء المسبب يضيق الاطمئنان الى نفوس المتقاضين .

والقضاء المسبب يمكن المحكمة الاستئنافية من تقدير الأحكام المطعون فيها ، ويمكن محكمة النقض من مراقبتها حتى تشرف على تطبيق القانون وتقرير القواعد القانونية الصحيحة فيما يختلف فيه من المسائل وتثبت القضاء بصدها (١) .

وللاعتبارات المتقدمة نص المشرع على أن الأحكام تكون باطلة اذا لم تشمل على الأسباب التى بنيت عليها (م ٣٤٧) .

والحكم الباطل يحصل بالتظلم منه بطرق الطعن الجائزة قانونا ، كما يجوز استئنائه على سبيل الاستثناء عملا بالمادة ٣٩٦ ولو كان انتهايا ، ويجوز الطعن فيه بالنقض اذا كان صادرا من محكمة الاستئناف (م ٤٢٥) .

واذا اعتمد الحكم فى الموضوع على حكم غير مسبب اعتبر مبنيا على اجراء باطل وفق الدراسة التفصيلية التى سوف نراها فيما بعد ، ويكون قابلا للإلغاء على الرغم من أنه يعد صحيحا سليما فى ذاته .

المبحث الأول

ضوابط تسيب الأحكام

٢ — القواعد الأساسية فى التسيب (٢) :

١ — سرد وقائع الدعوى .

(١) فى عهد القانون الفرنسى القديم كانت الأحكام تصدر غير مسببة ، وقد رتب على ذلك عدم تكوين قضاء مستقر فى نواحي القانون المختلفة (جلاسون ٢ رقم ٧٤٤) .

(٢) يقصد بالأحكام فى هذا المقام تلك التى تصدر من محكمة تتبع جهة قضائية ، بما لها من سلطة قضائية ، فى خصوصية رفعت اليها وفق قواعد المرافعات . ومن ثم يخرج عن نطاق البحث فى التسيب القرارات التى تصدر من جهات غير قضائية ، والقرارات والأوامر التى تصدر من جهة قضائية بما لها من سلطة ولائية بحتة ، كالأوامر على المرائض .

٢ - استخلاص الصحيح منها وتقديره . Vérifier l'existence des

faits allégués

٣ - تكييف الوقائع الصحيحة وارساء القاعدة القانونية مع آثارها

عليها^(١) . La qualification légale des faits reconnus exacts, et déduire de cette qualification les conséquence que la loi y attache et l'où résulte la solution du procès .

٤ - اتساق منطوق الحكم مع أسبابه .

٣ - (أولاً) سرد وقائع الدعوى :

١ - وجوب سرد الوقائع الكاملة المكونة للدعوى .

٢ - وجوب سرد هذه الوقائع دون خطأ أو تحريف .

٣ - لا يلزم تعقب جميع الخصوم بل يكفي ذكر مضمونها .

٤ - لا يلزم ذكر أسماء الشهود ونصوص أقوالهم بل يكفي ذكر مضمونها ، كذا الحال بالنسبة الى نصوص المستندات التي يعتمد عليها الحكم .

٤ - الوقائع المكونة للدعوى بحسب طبيعتها ونوعها :

تشتمل الوقائع les qualités على بيان بأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم وأسماء وكلائهم ان كانوا ، ونص ما قدموه من طلبات أو دفاع أو دفع و خلاصة ما استندوا اليه من الأدلة الواقعية . والحجج القانونية ونتائج اجراءات الاثبات التي تمت في القضية ، ومراحل الدعوى ورأى النيابة ان كانت ممثلة (م ٣٤٩) .

وهناك من الدعاوى ما تستوجب بحسب طبيعتها أو نوعها الافاضة في وصف بعض وقائعها أو مستنداتها والا كانت وقائعها عقيمة .

(١) انظر في هذا الموضوع Bonnier في Eléments d'organisation judiciaire et de procédure civile (1848) .

وفيا إلى أمثلة من أحكام محكمة النقض في تأييد كل ما تقدم :

قضت بأنه متى كان الحكم اذ حكم ببطالان البيع لصدوره من قاصر أقام قضاءه على أن تقدير الطبيب الشرعى لسن البائع انما كان تقديرا تقريبا استنادا الى ما أجاب به هذا الطبيب في بده مناقشته دون أن يخل باستظهار ما تدل عليه اجاباته اللاحقة من أن تقديره كان تقديرا قاطعا في ثبوت بلوغ البائع سن الرشد وقت التعاقد ولم يكن تقديرا تقريبا ، فان هذا الحكم يكون مشوبا بالقصور وبالخطأ في الاسناد بما يستوجب نقضه (١).

وقضت بأنه وان أوصت المادة ٣٤٩ أن يتضمن الحكم بيانات معينة من بينها « خلاصة ما استند اليه الخصوم من الأدلة الواقعية والحجج القانونية » الا أنه يتعين لاعتبار هذا البيان جوهريا يترتب على اغفاله البطلان أن يكون الحكم قد فصل في النزاع الذي قدمت بصدد هذه الأدلة الواقعية والحجج القانونية ، فاذا كان الحكم صادرا باجراء من اجراءات الاثبات اذ قضى باحالة الدعوى الى التحقيق لاثبات حقيقة العقد موضوع النزاع ان كان وصية أو بيعا منجزا ، وكان الاثبات بالشهادة في ذاته غير متازع في جوازه قانونا ، فلا تريب على المحكمة ان هي اغفلت تدوين ما قدمه الخصوم من أدلة على لزوم التحقيق ويكون عقيا التمسك باغفال ذلك الحكم ذكر ما تمسك به المشتري من حجج على أن العقد المذكور كان منجزا لا مضافا الى ما بعد الموت (٢).

وقضت بأنه متى كان الحكم المطعون فيه لم يبين ما قدمه الخصوم من طلبات وأوجه دفاع ودفع وخلاصة ما استند اليه من الأدلة الواقعية والحجج القانونية مع بيان ما سارت فيه الدعوى من مراحل - فانه يكون قد خالف نص المادة ٣٤٩ مخالفة تستوجب بطلانه (٣).

(١) نقض ٢٥ نوفمبر ١٩٥٤ القضية رقم ٢٤٦ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ٢٦ أبريل ١٩٥٦ - القضية رقم ٣٢١ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) نقض ٣ فبراير ١٩٥٥ - القضية رقم ٤٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

وقضت بأنه متى كان الحكم اذ قضى بالانفصال الجسائي بين زوجين فرنسيين لا يبين منه ان ما قضى به كان من تلقاء نفس المحكمة أو بناء على طلب احتياطي للزوج أو بناء على طلب أصلي له بعد أن نزل عن طلب الطلاق مع اختلاف الحكم في كل من هذه الأحوال في القانون الفرنسي ، فان هذا الحكم يكون قد شابه البطلان ، كما خالف المادة ٣٤٩ (١) .

وقضت بأنه اذا قرر حكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطلان التي يطلب المدعى ثبوت ملكيته لها بأى سبب من أسباب كسب الملك ، فان هذا لا يفيد بذاته وبطريق الزوم ثبوت ملكيتها للمدعى . كذلك لا يكفي أن يقرر الحكم ان مستندات هذا الأخير تشمل الأطلان المتنازع عليها ، وانها من ذلك تكون ملكا له من غير بيان هذه المستندات وكيفية افادتها هذه الملكية (٢) .

وقضت بأنه متى كان الحكم الابتدائي اذ قضى بعدم قبول الدعوى التي أقامها المطعون عليه على الطاعن وآخر يطلب الزام هذا الأخير بتقديم عقد الصلح المودع عنده والمحرر بينه هو والطاعن والحكم بصحة التعاقد عن الأطلان الواردة به قد أقام قضاءه على أن عقد الصلح تضمن اقرارا من الطاعن لا تصح تجزئته اذ هو يبين يقر لأخيه المطعون عليه بالنصف في الأرض التي يطلب اثبات التعاقد عنها وفي أموال أخرى اذ هو يحمله النصف في ديون ذكرت بهذا العقد فهناك اذن شركة بين الطرفين لم تصف بعد وقد أودع عقد الصلح عند آخر حتى تم المحاسبة بين الأخوين ، وكان الحكم الاستثنائي اذ قضى بالغاء الحكم الابتدائي وبصحة التعاقد والتسليم قد أغفل التحدث عن واقعة ايداع عقد الصلح لدى آخر ودالاتها ومدى ارتباطها بتنفيذ العقد مع تمسك الطاعن بها فانه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه (٣) .

وقضت محكمة النقض بأن اذا كان مدار الخلاف بين الخصوم ما اذا كان الثمن المفقود عليه بعقد بيع الوفاء نجسا أم انه كان ثمن المثل ، واذا كان هذا الأمر له اثره في مصير الدعوى ، واذا كان الثابت بالأوراق أن الطاعن قدم

(١) نقض ١٤ يناير ١٩٥٤ - القضية رقم ٣٦٤ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ١٥ فبراير ١٩٥١ - القضية رقم ١٤٢ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ٥ أبريل ١٩٥١ - القضية رقم ٨٢ سنة ١٩ قضائية .

الى محكمة الاستئناف ردا على أسباب الحكم الابتدائي صورا رسمية ثمانية عقود بيع منها عقدان حررا في نفس السنة التي صدر فيها عقد بيع الوفاء موضوع النزاع وتضمنت هذه العقود بيع أطيان واقعة في ذات الخوض الواقعة فيه الأطيان المبيعة - محل العقد - وذلك بأثمان تماثل في المتوسط الثمن الذي اتفق عليه في العقد ، وكان الحكم المطعون فيه قد خلا من الإشارة الى العقود سالفه الذكر والتحدث عنها فانه يكون قاصرا لأسباب يستوجب نقضه (١) .

وقضت بأنه اذا اعتمد الخصم لدى المحكمة الابتدائية في ملكيته على وضع اليد ، ولكنه لدى محكمة الاستئناف قدم مستندات يستدل بها على أولولة الملكية اليه بطريق الشراء ، فن الواجب على محكمة الاستئناف أن تبين في حكمها رأيا في هذه المستندات فان هي أغفلتها كليا واقتصرت على تأييد الحكم المستأنف للأسباب التي بنى عليها كان حكمها باطلا (٢) .

وقضت بأنه اذا صدر حكم بيطلان تصرف صادر من مورث المتصرف له بناء على أنه صدر منه وهو مريض مرض الموت واقتصرت على تقرير المؤرخ المذكور كان مريضا مرضا انتهى به الى الوفاة دون أن يبين نوع هذا المرض ، وهل كان الهلاك غالبا فيه وقت حصول التصرف ، فانه يكون قاصرا قصورا يعيبه بما يطله (٣) .

٥ - بالنسبة الى الأحكام الفرعية يكتفى بذكر الوقائع المتعلقة بها وحدها :

اذا أصدرت المحكمة حكما فرعيا متصلا بسير الدعوى أو اثباتها أو متعلقا باختصاص المحكمة بنظر الدعوى فانه يكتفى - في صدره - بذكر الوقائع المتصلة بالخصومة في المسألة الفرعية وحدها .

(١) نقض ٣ مايو ١٩٥١ - القضية رقم ١٧٠ سنة ١٩ قضائية .

(٢) نقض ٢٣ فبراير ١٩٣٣ - القضية رقم ٩٢ سنة ٢ قضائية ، وانظر أيضا نقض ١٣ مارس ١٩٤١ - القضية رقم ٩ سنة ١١ قضائية .

(٣) نقض ١٢ يناير ١٩٥٠ - القضية رقم ٦٥ سنة ١٨ قضائية .

وعلى ذلك اذا أصدرت المحكمة حكماً بعدم اختصاصها بنظر القضية فلا تريب عليها ان هي أغفلت الإشارة الى ما قلعه المدعى من مستندات وأدلة أو ما أبداه المدعى عليه من أوجه دفاع تتعلق بموضوع الدعوى ، أو ما قلعه من مستندات ، بشرط أن تسرد المحكمة كافة الوقائع المتصلة بالخصومة في ذات الدفع بعدم الاختصاص . وكذلك الحال اذا أصدرت المحكمة حكماً بإعلان صحيفة افتتاح الدعوى أو بعدم قبولها (١) أو باعتبارها كأن لم تكن أو بسقوط الخصومة فيها أو بانقضائها بالتقادم ، أو بقبول تركها .

واذا أصدرت المحكمة حكماً يجوز الاثبات قانوناً بشهادة الشهود ، وكان ذلك أثر نزاع بين الخصوم ، وجب عليها أن تسرد جميع أدلة الخصوم وحججهم وتشير الى مستنداتهم في هذا الصدد ، وانما لا تزم بسرد باقي الوقائع التي لا تتصل بجواز الاثبات قانوناً بشهادة الشهود أو بعدم جوازه .

واذا أصدرت المحكمة حكماً باحالة الدعوى على التحقيق فلا تريب عليها ان هي أغفلت تلوين ما قدمه الخصوم من أدلة على لزوم التحقيق ما دام الحكم قد اقتصر على ما تقدم (٢) ، وذلك لأن القاعدة أنه لا يلزم تسيب الأحكام التي تأمر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات - اذ النطق بها يفصح في ذاته عن سبب اصدارها . ولا تريب عليها ان هي أغفلت الإشارة الى أى دفاع موضوعى ما دام حكمها قد اقتصر على مجرد ندب خبير (٣) .

واذا أصدرت المحكمة حكماً بوقف الخصومة حتى يتم الفصل في مسألة أولية من اختصاص محكمة أخرى فانه يكفي أن تلون المحكمة ما تعلق بطلبات وأدلة الخصوم ودفعوهم بصدد الخصومة في طلب الوقف .

(١) لرفضها قبل الميلاد أو بعده ، أو لانتفاء صفة رافعها أو المرفوعة عليه ، أو لسبق الفصل فيها ، أو لسبق الاتفاق على التحكيم بصدها ، أو لأى سبب من أسباب عدم قبول الدعوى .

(٢) راجع حكم النقض ٢٦ أبريل ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٢١ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) وأرجأ الفصل في الدفاع الى ما بعد تقديم الخبير تقريره عنه الحكم في الموضوع (نقض ٢٢ يناير ١٩٥٣ المجموعة ٤ - ٧ - ٢٧٥) .

٦ - ما يستوجه الحكم بتصفية حساب من وقائع :

في الدعوى بتصفية حساب يتعين على المحكمة أن تصف في حكمها كل مخالصة يذكر المبلغ المدفوع ومن قبضه ومن دفعه وسبب أدائه ان كان ، وتاريخ المخالصة وما اذا كان هذا التاريخ ثابت التاريخ . . . ، وذلك حتى تتمكن محكمة النقض من تعرف الحقيقة الواقعية التي على معرفتها المدار في تكييف الواقع ، وبيان ما ينطبق عليه من أحكام القانون . فاذا اعتمد حكم على ائصال مخالصة ولم يبين نصه ، وقرر خصم - أمام محكمة النقض - ان هذا الائصال خاص بشخص آخر ، ونازع خصمه في هذا القول فان هذا التجهيل من شأنه أن يستوجب ابطال الحكم ^(١) .

٧ - ما يستوجه الحكم في الدعوى بمسئولية أحد الخصوم :

في الدعوى بمسئولية أحد الخصوم يتعين سرد كل الوقائع المدعاة من جانب جميع الخصوم سواء تعلقت بتحديد الخطأ أو تقرير الضرر ، ولا يكفي سرد بعضها واستخلاص ما يستخلص منه ، وذلك للتحقق من أن القاضى قد اتصل علمه بجميع وقائع الدعوى وحتى لا تعجز محكمة النقض عن استخلاص عناصرها الواقعية من ذات الحكم المطعون فيه .

٨ - ما يستوجه الحكم في دعوى الملكية أو دعوى الحيازة أو دعوى المطالبة برجع معين :

يلزم عند تحرر الأحكام في الدعاوى المتقدمة تعيين ذات العقار موضوع النزاع وتحديد مساحته . وحائزه ان كان ومدة حيازته ، وقدر ما بيع منه بعقد ان كان . والتعريف على هذا القدر . ووصف العقود التي يتمسك بها الخصوم بذكر أطرافها وموضوعها وتاريخها ^(٢) . وبالنسبة لرجع الباقى

(١) نقض ٢٥ أبريل ١٩٣٥ - القضية رقم ٥٥ سنة ٤ قضائية .

(٢) نقض ١٣ ديسمبر ١٩٤٥ - القضية رقم ١٧ سنة ١٥ قضائية .

أو الأراضي الزراعية يتعين ذكر أصل الريع ونصيب كل مستحق وما قبضه ،
وبالنسبة لأية سنة الخ ... ، فإذا كان البيان المتقدم مبهما فإن هذا الإبهام يجعل
الحكم غير قائم على أساس قانوني ويتعين نقضه (١) .

٩ - ما يستوجب الحكم في الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها :

عند الحكم في الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها يتعين على المحكمة
أن توضح الموضوع والسبب والأطراف في كل من الدعويتين لينتجلى اتحادهما
في كل منهما أو اختلافهما ، والا كان حكمها في الدفع مشوباً بالبطلان .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد اعتمد فيما قضى به من سد
النوافذ والمطلات محل الدعوى على أن النزاع في ملكية المنور الذي تطل عليه
هذه النوافذ والمطلات قد فصل فيه بحكم سابق قضى برفض دعوى المدعى
عليه تملكه نصف هذا المنور ، ولم يجزى فيها أورده من أسباب في هذا الصدد
ما يعين على بيان كيف توافرت عناصر الأمر المقضى بين الحكم النهائي السابق
وبين النزاع الجديد بشأن سد الفتحات وإزالة الشرفات ، وهل اتحد الموضوع
والسبب في الدعويتين . فهذا الحكم يكون مشوباً بالقصور ، إذ ذلك بيان
جوهرى لا يغنى عنه أن يكون الطاعن مقرأ بأن لذلك الحكم السابق حججته ،
فإن النزاع يقوم على مدى هذه الحجية وهل تشمل ما يثيره الطاعن في الدعوى
الحالية من دفاع (٢) .

١٠ - وقائع غير لازمة : الحكم في شق من الموضوع أو في طلب عارض :

قدما أن الحكم في مسألة فرعية لا يشتمل إلا على ما يتعلق بالوقائع المتصلة
بالخصومة في المسألة الفرعية . وكذلك الحال بالنسبة إلى الحكم الصادر في شق
من الموضوع أو في طلب عارض فهو لا يشتمل إلا على الوقائع المتصلة
بالخصومة فيما قضى به الحكم .

(١) نقض ١٢ ديسمبر ١٩٣٥ - القضية رقم ١٧ سنة ٥ قضائية ، ونقض ٢٠ مايو ١٩٤٨
رقم ٥٥ سنة ١٧ قضائية .

(٢) نقض ١٦ فبراير ١٩٥٠ - القضية رقم ٨٥ سنة ١٨ قضائية . وانظر أيضا نقض
٢٤ يناير ١٩٤٦ - مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٧٢

ويحدث أن تصدر المحكمة حكمها في موضوع الدعوى وتنحو الى نحو معين لا يستلزم منها سرد جميع الوقائع المتصلة بها ، كما اذا قضت بإبطال عقد ما ، فان هذا القضاء يفنيها عن سرد ما اتصل بطلب الخصم بتنفيذ شرط من شروطه التي تقوم بصحته وتبطل باطلاله .

وإذا كان الحكم الابتدائي الذي أيده الحكم الاستثنائي لأسبابه حين قضى بقبول الدفع بسقوط حق المدعى في طلب حساب الوقف الذي كان يديره المدعى عليه بصفته وكيلا عنه قد أقام قضاءه بذلك على أساس ما أورده المدعى في عريضة دعواه من أن توكيله للمدعى عليه إنما كان بسبب سفره الى خارج القطر ، وما استخلصه استخلاصا سائغا من المستندات المقدمة الى المحكمة من أن هذه الوكالة قد انقضت بعودة المدعى من الخارج ، وعلى أن دعوى الحساب إنما رفعت بعد انقضاء الوكالة بأكثر من خمس عشرة سنة ، وان الخطابات المقدمة من المدعى للاستدلال بها على أن المدعى عليه لم ينقطع عن مباشرة ادارة الوقف بصفته وكيلا لا يدل ما ورد بها على استمرار الوكالة ، وذلك بعد أن أورد بعض عباراتها وفسرها تفسيرا تحتمله ويتق المعنى الذي يقول به المدعى ، ثم أيد هذا الحكم استثنائيا لأسبابه ، فلا يعيب الحكم الاستثنائي أنه لم يورد ما تضمنته خطابات جديدة قدمها المدعى الى محكمة الاستئناف ، وقالت هذه المحكمة عنها أنها لم ترفها ما يفيد استمرار الوكالة (١) .

١١ - وجوب سرد وقائع الدعوى دون خطأ أو تحريف :

إذا ورد خطأ أو تحريف في واقعة من وقائع الدعوى ، وكان هذا أو ذاك لا يؤثر في الحكم وفي النتيجة التي انتهى اليها والتي تتررها أسباب تستقيم معها . فان هذا الخطأ أو التحريف لا يؤثر في سلامة الحكم وصحته . أما إذا امتد الخطأ المتقدم وأصاب قضاء الحكم فانه يعد باطلا .

وقد قضى - عمالا لما تقدم ، بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد ألقى الحكم الابتدائي وأخذ بالدليل المستمد من دفاتر السمسار اعتمادا على ما خلص اليه من استجواب الخصوم من أن العميل لم يطالب السمسار في صدد عملية بيع

(١) نقض ٢١ أكتوبر ١٩٤٨ - التفسيرية رقم ٦٠ سنة ١٧ قضائية .

الأهم موضوع النزاع الا بالامهال ، مع أن وقائع الاستجواب لا تؤدي الى ذلك . وفي الوقت ذاته أغفل المتحدث عن باقي القرائن التي اتخذ منها الحكم الابتدائي دعامة لقضائه باطراح الدفاتر المذكورة وعدم الأخذ بما تدلون بها وهي أن السمسار لم يضمن كشف الحساب التي أرسلها للعميل بياناً عن عملية بيع الأسهم ولم يبادر باخطار العميل بها حين طالبه ببيع أسهم شركة أخرى مودعة لديه ، فانه يتعين نقض الحكم (١) .

وقضت محكمة النقض باهدار حكم مسخ شهادة شهود على نحو يناقض واقع الدعوى الثابت من الصورة الرسمية لحضر التحقيق (٢) . كذلك قضت باهدار حكم استند الى ما أجاب به طبيب شاهد في بدء مناقشته ، ولم يحفل بما تدل عليه اجاباته اللاحقة من أن تقديره كان تقديراً قاطعاً في ثبوت بلوغ خصم في الدعوى سن الرشد (٣) .

وقضت محكمة النقض ببطالان حكم - لأنه في معرض المفاضلة بين عقدين اعتبر أحدهما مسجلاً في حين أن المسجل هو صحيفة دعوى بصحة توقيع الخصم (٤) .

وقضت بنقض حكم صدر بالزام المدعى عليه بالريع المطلوب منه بناء على أنه كان واضعاً يده على نصيب المدعى في الملك المشترك ، وذلك لأنه ورد في ذات الحكم أن في أوراق الدعوى ما ينطق بأن أخاً للمدعى عليه كان يستغل الأطيان لحساب نفسه وحساب أخيه ، ولم يبين مقدار ما هو موضوع عليه اليد لحساب المدعى عليه ، وما هو موضوع عليه اليد لحساب أخيه مع لزوم هذا البيان في تحديد مسئولية المدعى عليه من ريع ما وضع اليد عليه وحده (٥) .

(١) نقض ٥ يناير سنة ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٥٠ - القضية رقم ٥ سنة ١٩ قضائية .

(٣) نقض ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٤ - القضية رقم ٢٤٦ سنة ٢١ قضائية .

(٤) نقض ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ - القضية رقم ٥٤ سنة ١٨ قضائية .

(٥) نقض ٢٠ مايو ١٩٤٨ - القضية رقم ٥٥ سنة ١٧ قضائية .

١٢ - لا يلزم تعقب حجج الخصوم أو احترام ترتيب بيانات الحكم الوارد في المادة ٣٤٩ في شأن التسبيب :

القاعدة أن الترتيب الوارد في المادة ٣٤٩ بشأن البيانات التي يجب تلويها في الحكم ليس ترتيبا حتميا يترتب على الاخلال به البطلان ، فيجوز أن تورد المحكمة الأدلة الواقعية والحجج القانونية التي استند اليها الخصوم في ثنايا أسباب الحكم التي تكفلت بالرد عليها^(١)، كما أنه يكفي لسلامة الحكم أن يكون مقاما على أسباب تستقيم معه ، ولا يلزم أن يتعقب حجج الخصوم في جميع مناحي أقوالهم استقلالاً ثم يفندوها الواحدة بعد الأخرى^(٢).

١٣ - لا يلزم ذكر أسماء الشهود ونصوص أقوالهم بل يكفي ذكر مضمونها ، ولا يلزم ذكر نصوص المستندات التي اعتمد عليها الحكم متى كانت هذه المستندات مقدمة الى المحكمة ومبينة في مذكرات الخصوم مما يكفي معه مجرد الإشارة اليها^(٣) :

القاعدة أنه لا يعيب الحكم عدم ذكره أسماء الشهود في تحقيق أجرته المحكمة . وعدم إيراد نصوص أقوالهم وحسبه أن يورد مضمون هذه الأقوال ومتى كان ما استخلصه الحكم من أقوال الشهود غير مناقض لما هو ثابت بمحضر التحقيق كان قضاؤه سليماً^(٤).

١٤ - الوقائع في الحكم الصادر في الطعن :

يتعين على المحكمة عند كتابة حكمها في الطعن - أيا كان نوعه - أن تسرد . أو تشير الى الوقائع التي أثبتتها الحكم المطعون فيه . كما يتعين عليها أن تشير الى أسبابه وأسباب الطعن فيه وتسرد ما جد من الوقائع وما قدمه الخصوم في الطعن من طلبات أو دفعات أو مستندات أو أدلة^(٥).

(١) نقض ٢٦ أبريل ١٩٥٦ - القضية رقم ٣٢١ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٢ مارس ١٩٥٠ - القضية رقم ١١٢ سنة ١٨ قضائية ، ٣ نوفمبر ١٩٤٩ - القضية رقم ٢٣ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ١٥ نوفمبر ١٩٥١ - المجموعة ٣ - ١ - ٦٤ .

(٤) نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ - القضية رقم ٤٥ سنة ١٨ قضائية .

(٥) نقض ٥ يناير ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

وسوف ندرس فيما بعد مدى التزام محكمة الطعن في الرد على كل أسباب الحكم المطعون فيه ، وفي الرد على أسباب الطعن وما قدمه الخصوم من أدلة وحجج في تأييد الطعن أو في دفعه .

١٥ — الاحالة في سرد الوقائع على أحكام أو أوراق أخرى :

الأصل أن يكون كل حكم مستوفيا في ذاته جميع أسبابه فلا تصلح الاحالة في تسبيبه على ما جاء في ورقة أخرى . ومع ذلك يجيز الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر أن تحيل المحكمة في تسبيب حكمها على ما جاء في أسباب حكم آخر سبق صدوره في نفس الدعوى بين نفس الخصوم : كما تجوز الاحالة على تقرير خبير أو حكم محكمة^(١) .

وإذن تجوز الاحالة في سرد وقائع الدعوى أو بعضها على حكم فرعي^(٢) أو موضوعي أو حكم ابتدائي أو غيائي صدر في ذات الدعوى ، وتجوز الاحالة على تقرير خبير الدعوى . ويتعين أن تذكر هذه الاحالة في صلب أسباب الحكم ، والا اعتبر خاليا من سرد وقائع الدعوى .

وقد يتجه رأى الى أن بطلان الحكم^(٣) أو تقرير الخبير — الذي تمت الاحالة عليه بالنسبة لسرد وقائع القضية فقط — هذا البطلان لا يؤثر في صحة الحكم الذي اعتمد على تلك الاحالة . ذلك لأن الحكم لا يكون قابلا للإلغاء لبنائه على اجراء باطل الا اذا كان هذا البطلان قد أثر في الحكم^(٤) . واذا لا يؤثر بطلان تقرير الخبير أو الحكم الفرعي أو الابتدائي الذي تمت الاحالة اليه بالنسبة الى سرد وقائع الدعوى — لا يؤثر في سلامة الحكم الذي اعتمد

(١) جلاسون ٣ رقم ٧٤٦ والأحكام المديدة المشار اليها وربرتوار دالتوز للمرافعات رقم ١٣٢٧ الأحكام المديدة المشار اليها فيه .

(٢) نقض ٣١ أكتوبر ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٩١٢

(٣) أو مخالفته لقانون أو تقديره الوقائع تقديرا مغايرا لما استخلصت المحكمة التي اعتمدت في سرد الوقائع عليه — كل هذا لا يؤثر في صحة الحكم الذي استند اليه بالنسبة الى سرد وقائع القضية فقط .

(٤) راجع المادة ٣٩٦ والمادة ٤٢٥

على تلك الاحالة فانه اذن يكون صحيحا سليما ، اللهم الا اذا كان سبب بطلان تقرير الخبير أو الحكم الفرعى هو مسخه لوقائع الدعوى أو تحريفها . ومع ذلك فالصحيح أن بطلان الحكم أو التقرير يعلمه ويجرده من أى أثر قانونى ويصبح شأنه شأن الأوراق العادية التى تقدم فى الدعوى ، وكما لا تجوز الاحالة على الأوراق التى يقدمها الخصوم لا تجوز الاحالة على حكم أو تقرير خبير باطل (١) .

وبطبيعة الحال اذا جلت وقائع بعد صدور الحكم الفرعى أو الابتدائى أو حكم المحكم أو تقرير الخبير الذى تمت الاحالة اليه فن الواجب سرد هذه الوقائع الجديدة والا كان الحكم مشوبا بالبطلان .

وترتبا على كل ما تقدم قضت محكمة النقض بأنه اذا بين الحكم فى ديباجته وقائع الدعوى وطلبات الخصوم فيها كما قرر فى أسبابه أنه يأخذ بأسباب الحكم التمهيدى الصادر فى الدعوى المبين فيه بالتفصيل كل وقائعها وطلبات الخصوم وأوجه دفاعهم ، فذلك كاف لرد ما يعترض به عليه من جهة عدم توضيحه وقائع النزاع ايضا كافيا وعدم ذكره طلبات الخصوم وعدم بيان جوهر دفاعهم (٢) .

وقضت بأنه اذا اعتمد الخصم لدى المحكمة الابتدائية فى ملكيته على وضع اليد ، ولكنه لدى محكمة الاستئناف قدم مستندات يستدل بها على ابلولة الملكية اليه بطريق الشراء . فن الواجب على محكمة الاستئناف أن تذكر هذه الواقعة فضلا عن ضرورة ايضاح رأيها فى هذه المستندات والا كان حكمها باطلا (٣) .

(١) راجع حكم النقض المشار اليه فى الفقرة رقم ٤٢

(٢) نقض ٣١ أكتوبر ١٩٣٥ ، القضية رقم ١ سنة ٥ قضائية .

(٣) نقض ٢٣ فبراير ١٩٣٣ ، القضية رقم ٩٢ سنة ٢ قضائية .

١٦ - (ثانيا) استخلاص الصحيح من وقائع الدعوى وتقديره :

استخلاص الواقع في الدعوى هو التحقق والتثبت من الوجود المادى لوقائعها المدعاة (١).

وعند استخلاص الصحيح من وقائع الدعوى وتقديره يجب على المحكمة أن تراعى ما يأتى :

- ١ - احترام القواعد الموضوعية في الاثبات .
- ٢ - احترام القواعد الاجرائية عند سلوك سبل الاثبات المختلفة .
- ٣ - تقدير الادلة التى اعتمد عليها الخصوم واستندت هى اليها تقديرا يتمشى مع المنطق السليم .
- ٤ - الرد على أدلة الخصوم الجوهرية التى لم تعتمد عليها فى حكمها .

١٧ - ١ - احترام القواعد الموضوعية في الاثبات :

غنى عن البيان أن المحكمة تلزم باحترام القواعد الموضوعية في الاثبات règles de fond، تلك التى تحدد طرق الاثبات ، والأحوال التى يجوز فيها سلوك كل طريق منها . (فالوقائع المادية مثلا يجوز اثباتها بجميع طرق الاثبات بعكس الحال بالنسبة الى الروابط القانونية . وقد يحرم القانون اثبات واقعة ما ، أو يجعلها فى حكم الثابت) ، والشروط اللازمة لقبول الاثبات به ، وقوة الدليل المستفاد منه ، والخصم المكلف بالاثبات (م ٣٨٩ - ٤١٧ من القانون المدنى) .

وقد ينص القانون التجارى أو القانون البحرى أو القانون المدنى فى خصوص موضوع معين على قواعد موضوعية فى الاثبات تخالف القواعد العامة المتقدمة

La vérification de l'existence matérielle des faits allégués — Marty - La (١)

distinction du fait et du droit. رقم ١٠٤ أو هو استنباط القاضى حقيقة ما وقع بالادلة والامارات والعلامات واحاطة علمه بها ، (ابن القيم الجوزية) أنظر حامد نهى ومحمد حامد نهى ، النقض فى المواد المدنية رقم ٣٦

وإذن ، إذا كان قاضى الدعوى حراً فى تقدير أدلة الخصوم وفى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى منها ، فإنه ليس حراً فى عدم اتباع ما جاء به القانون المدنى — أو الموضوعى على وجه العموم — من قواعد اثبات موضوعية ، بل ينبغى عليه أن يتقيد بها ويأخذها عن القانون أخذاً صحيحاً ، فإن خالفها أو أخطأ فى تطبيقها أو فى تأويلها فسد رأيه فى فهم الواقع فى الدعوى من ناحية ، واعتبر مخطئاً فى تطبيق القانون من ناحية أخرى ، ويسرى الفساد بالتالى الى تكييف الوقائع والى الحكم برمته .

وشأن هذه القواعد الموضوعية فى الاثبات يخرج عن نطاق دراسة قانون المرافعات .

١٨ - ٢ - احترام القواعد الاجرائية عند سلوك سبل الاثبات المختلفة — يتعين أن تتخذ اجراءات الاثبات صحيحة فى مواجهة الخصوم :

ليس يكفى أن يحترم القاضى القواعد الموضوعية فى الاثبات فحسب إنما عليه أيضاً أن يحترم القواعد الاجرائية (١) فى هذا الصدد . تلك القواعد التى نظمها قانون المرافعات فى الباب المتعلق باجراءات الاثبات .

على القاضى اذن أن يحترم جميع القواعد الاجرائية التى نص عليها قانون المرافعات عند سلوك سبل الاثبات المختلفة . والا كانت اجراءات الاثبات باطلة ؛ اذا كان القانون ينص على هذا البطلان . أو كان العيب الذى شابها هو عيب جوهري ترتب عليه ضرر للخصم عملاً بالمادة ٢٥ . ويسرى البطلان الى كل حكم يعتمد على النتيجة المستخلصة من الاثبات (٢) .

وعلى القاضى أن يحترم كل ما يقتضيه اتخاذ اجراء اثبات معين . فثلاً تنص المادة ١٩٢ على أن الاذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نقضها — هى بذاتها — بهذا الطريق (٣) .

(١) Règles de forme

(٢) ندرس هذا الموضوع على وجه التفصيل فيما بعد .

(٣) تحقيق التنى contre enquête ١٥ ، راجع كتاب المرافعات رقم ٤٣٣

ويتعين أن تتخذ اجراءات الاثبات في مواجهة الخصوم وفق التفصيل المشار اليه في الباب السابع من قانون المرافعات - المتعلق باجراءات الاثبات ، ولا يجوز الادلاء بطلب أو اتخاذ اجراء ما الا في مواجهة الخصم المتخذ ضده الاجراء ، ولا يجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمح أحد الخصوم أو وكيله الا بمضور خصمه . كذلك لا يجوز قبول أوراق أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها (م ٣٤٠) .

١٩ - لا يجوز للقاضي أن يحكم بناء على معلوماته الشخصية :

إذا أدرك القاضي أن معلوماته الشخصية تؤثر في تقديره لوقائع القضية ، واستشعر الخرج من نظرها . كان له أن يعرض أمر تنجيح على المحكمة عملاً بالمادة ٣١٧ ولو في غير أحوال عدم الصلاحية لنظر الدعوى أو أحوال الرد .

والمقصود بالمعلومات الشخصية تلك التي تصل الى علم القاضي بصدد وقائع الدعوى أو بصدد مدى ثبوتها ومحصنها . عن غير الطريق المقرر والمرسوم لنظر القضايا . كما إذا شهد حادثة معينة ترتب عليها اقامة دعوى بطلب تعويض عن الضرر الذي لحق الخصم نتيجة خطأ خصمه . اما إذا انتقل القاضي للمعانة (م ١٨٥) بعد رفع الدعوى اليه ، فإن تقديره الشخصي للوقائع يعتد به بطبيعة الحال .

والمعلومات العامة المستقاة من خبرة القاضي بالشئون العامة المفروض المأم الكافة بها لا تعد من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضي أن يبنى حكمه عليها . وقد حكم اعمالاً لما تقدم بأنه متى كانت المحكمة إذ أخذت بتقدير اللجنة لأرباح الطاعن قد قررت أن تجارة « الحديد الخردة » كانت رابحة طوال سنين النزاع ذلك أنه في الفترة الأولى من الحرب عند ما انعدم استيراد الحديد الجديد من الخارج حل محله الحديد الخردة في التعامل وحقق المتعاملون فيه أرباحاً كبيرة ، وفي الفترة الأخيرة عند ما باعت جيوش الحلفاء الموجود لديها من الحديد نشطت سوق الحديد الخردة نشاطاً كبيراً لا بد وأن الطاعن استفاد منه . فإن ما ذكرته المحكمة في هذا الخصوص ليس من قبيل المعلومات الشخصية المحظور على القاضي أن يبنى حكمه عليها بل هي معلومات مستقاة من الخبرة بالشئون العامة المفروض المأم الكافة بها (١) .

(١) نقض ٢٦ فبراير ١٩٥٣ ، القضية رقم ٢٥٦ سنة ٢١ قضائية .

٢٠ - للقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه باتخاذ أى إجراء من إجراءات الالبيات ، وهو لا يلزم فى جميع الأحوال باجابه طلب الخصم اتخاذ اجراء اثبات ما ، كما لا يلزم بتنفيذ اجراء الالبيات الذى أمر به ، ولا يلزم بالنتيجة المستخلصة منه :

المبادئ المتقدمه هى مبادئ أساسية فى التشريع بعضها مقرر بنص خاص والبعض الآخر مسلم به فقها وقضاء فى مصر وفى فرنسا . وسوف ندرس هذه المبادئ على وجه التفصيل عند معالجة مدى حجيه الأحكام الصادرة باتخاذ اجراءات الالبيات ، ومدى تقيد المحكمه بالنتيجة المستخلصة منها .

٢١ - لا تجوز اقامة الحكم على واقعة لا سند لها فى أوراق القضية :

قدمنا أن قاضى الدعوى له مطلق الحرية فى أن يستخلص قضاءه من واقع اجراءات الالبيات التى أمر بها من تلقاء نفسه أو بناء على طلب خصوم الدعوى أو من واقع ما فى ملفها من مستندات وقرائن بشرط أن يتقيد بقواعد الالبيات الموضوعية ويأخذها عن القانون أخذا صحيحا ، وأن يتقيد بالاجراءات الشكلية المقررة فى قانون المرافعات ولا يعتمد على اجراءات باطله . واذن اقامة الحكم على واقعة لا سند لها فى أوراق القضية تبطله . وقد قضت محكمة النقض بأنه اذا حكمت المحكمه بالزام الراغب فى البيع بدفع السمسة الى الوسيط ، وبنت حكمها على أن هذا الأخير قام بما كلفه به المدعى عليه وقدم له شخصا قبل البيع بالشروط الواردة فى التفويض الصادر من المدعى عليه ، وكان الثابت فى أوراق الدعوى - على خلاف ذلك - أن التفويض الصادر الى الوسيط من الراغب فى الشراء قد خلا عن شرطين من الشروط المنصوص عليها فى التفويض بالبيع . وهما دفع معجل الثمن وترك المهمات المواشى للبائع . فان هذا الحكم يكون متعينا نقضه لاقامته على واقعة لا سند لها فى أوراق الدعوى^(١) . وقضت بأنه اذا كان الظاهر مما قاله الحكم انه اذ

(١) نقض ١٤ مارس ١٩٤٦ ، القضية رقم ٥٢ سنة ١٥ قضائية . وانظر فى تأييد ذات المبدأ المذكور فى المتن نقض ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢ . القضية رقم ٢٢٣ سنة ٢٠ قضائية وقد ذكر ملخص له فى الفقرة رقم ٢٦

سلم يجوز أن يكون العقد الصادر من مورث الطاعن الى المطعون عليه سائرا لرهن مما يترتب عليه اعتبار المطعون عليه دائنا عاديا فانه مع ذلك اعتبر عقداً ثانيا صادرا عن ذات العين من المطعون عليه نفسه الى ولده ييما صحيحا اعتمادا منه على اقرار الطاعن ، بصفته مالكا ، لهذا المبيع ، وذلك دون أن يبين كيف حصل هذا الاقرار ودليل حصوله حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى فهذا قصور يطله (١) .

٢٢ — لا يجوز اقامة الحكم على مخالفة الثابت من الأوراق أو القرائن دون ما سبب يذكر :

قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الثابت في الاعلان أن المضر حين انتقل الى مكتب المحامي الذي اختاره المعلن اليه محلا له قد خاطب شقيقة المحامي و المقيمة معه بالمكتب لغيابه وقتها ، فهذا يفيد ، بحسب الأصل ، ان الأخت مقيمة في المكتب وصالحة من حيث السن لتسليم الاعلان ، فليس لمحكمة الموضوع أن تخالف هذا الثابت في الاعلان الابدليل مقبول . فاذا كان الحكم قد اعتبر الأخت غير مقيمة في المكتب ولا صلة لها به دون أن يورد أسبابا لذلك ، وأقام قوله بصغر سنها على مجرد ادعاء المعلن اليه ، ولذلك قضى بطلان الاعلان ، فانه يكون قاصر الأسباب متعينا نقضه (٢) .

وقضت بأنه اذا كان الحكم اذ قضى برفض طلب الريع الذي طلبته الطاعنة عن مدة الخمس عشرة سنة السابقة على رفع الدعوى قد أسس قضاءه على أنه لم يظهر للمحكمة لا من تقرير الخبير ولا من المستندات المقدمة اليها متى بدأ وضع يد المطعون عليهم على القدر المنتصب ، وكان الثابت من تقرير الخبير ومحضر انتقال المحكمة أن جميع مباني منزل المطعون عليهم بما فيها البناء القائم على جزء من القدر المنتصب قد شيدت في وقت واحد كما أن الثابت في الحكم أن وضع يد المطعون عليهم على الجزء المنتصب بدأ في سنة ١٩١٩

(١) نقض ٢٤ نوفمبر ١٩٤٩ ، القضية رقم ٦١ سنة ١٨ قضائية .

(٢) نقض ٣٠ مايو ١٩٤٧ ، القضية رقم ٩٤ سنة ١٥ قضائية .

تاريخ عقد شرائهم المنزل فان الحكم في تقريره آنف الذكر والذي أقام عليه قضاءه برفض طلب الريع عن المدة السابقة على تاريخ رفع الدعوى يكون قد خالف الثابت بالأوراق دون أن يبرر هذه المخالفة بما يستوجب نقضه (١).

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم اذ قضى بصورية عقد بيع قد أقيم على عدة قرائن منها بخس الثمن ، وتبين أن ما استند اليه في تقريره ببخس الثمن يخالف الثابت بأوراق الدعوى بان كان قد اعتبر المبلغ المذكور في العقد بأنه دفع للبائع هو جميع الثمن دون أن يضيف اليه ما التزم المشتري بوفائه من ديون على العين المبيعة فان هذا الحكم يكون معيبا في التسبيب بما يستوجب نقضه (٢).

وقضت بأنه اذا كان الحكم الصادر برد وبطلان ورقة لتزوير الامضاء الموقع به عليها قد أقيم على ما جاء بتقرير الخبير من أن الامضاء المطعون فيه مزور بطريق الشف عن امضاء معترف به لانطباق كل منهما على الآخر ، وعلى ما اتضح للمحكمة الابتدائية من عملية المضاهاة التي أجرتها من تطابق الامضاءين ، وكان ثابتا بتقرير الخبير وجود بضع اختلافات موضحة به تفصيلا بين الامضاء المطعون فيه والامضاء الصحيح الذي أجريت عليه المضاهاة في دقائق بعض الحروف ، وكان الحكم خاليا من التحدث عن هذه الاختلافات ومدى أثرها على النتيجة التي انتهى اليها الخبير من قيمة تمسك صاحب الورقة بها في الاستدلال على صحة الامضاء المطعون فيه ونفي تزويره بطريق الشف عن الامضاء الصحيح ، فهذا يكون قصورا يعيب الحكم بما يوجب نقضه (٣).

(١) نقض ٨ مايو ١٩٥٢ ، القضية رقم ٣٦٠ سنة ٢٠ قضائية . وانظر أيضا نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ ، القضية رقم ٩٠ سنة ١٤ قضائية ، وقد ذكرنا ملخصه في الفقرة التالية ، وانظر أيضا نقض ٩ نوفمبر ١٩٥٠ ، القضية رقم ١١ سنة ١٩ قضائية ، ونقض ٥ يناير ١٩٥٦ ، القضية رقم ٢٣٢ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٢٨ مايو ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٤٥ سنة ٢١ قضائية .

(٣) نقض ٦ إبريل ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٠٩ سنة ١٨ قضائية .

وقضت بأنه متى كان الحكم اذ قضى بالزام المستأجر بالتعويض قد أقام قضاؤه على عدة عناصر ، انهار أحدها ، لما تبين من أنه يناقض الثابت في الأوراق وكان لهذا العنصر أثره في التقدير ، كان قضاؤه بالتعويض باطلاً بطلانا جوهرياً . واذن فاذا كان الحكم قد أسس قضاؤه على سببين احدهما ان المستأجر خالف ما التزم به من احترام عقد ايجار صادر من المؤجر الى مستأجر آخر ، وأن المؤجر وكل محاميا ودفع اتعابا ومصروفات في الدعوى التي اقامها المستأجر الآخر . وكان الواقع في الدعوى أن المستأجر الآخر انما اختصم المؤجر ليقدم عقد الايجار ولم يوجه اليه طلبا ما غير ذلك ، وكان الحكم الصادر في دعوى هذا المستأجر الآخر لم يلزم المؤجر بشئ ما ولم يثبت فيه أنه وكل محاميا ، فان ما استند اليه الحكم الصادر بالزام المستأجر بالتعويض في هذا الخصوص يكون قد ناقض الثابت بالأوراق مما يوجب نقضه (١) .

٢٣ — الاحالة في استخلاص الصحيح من الوقائع وتقديره على تقرير خبير الدعوى :

قدمنا أنه تجوز الاحالة في سرد وقائع الدعوى أو بعضها على حكم فرعي أو موضوعي أو ابتدائي أو غيبي صدر في ذات الدعوى . كما تجوز الاحالة على تقرير خبير الدوى في هذا الصدد .

ونضيف أنه بالنسبة الى استخلاص الصحيح من الوقائع وتقديره تجوز الاحالة أيضا على تقرير خبير الدعوى ، بشرط :

١ — أن تقرر المحكمة في أسباب حكمها اجراء هذه الاحالة ، وبعد مجرد أخذها بنتيجة تقرير الخبير أخذاً بأسبابه نظراً للتلازم بين النتيجة ومقدماتها .

٢ — أن يكون التقرير المحال عليه صحيحاً لم يتمسك خصم ببطلانه .

(١) نقض أول فبراير ١٩٥١ ، القضية رقم ٨٠ سنة ١٩ قضائية ، انظر في تأييد ذات المبدأ نقض ٦ ديسمبر ، ١٩٥١ ، القضية رقم ٢١٠ سنة ٩١ قضائية .

٣ - ألا يكون قد حصل التمسك بعلم الاعتداد بتقرير الخبير لمخالفته ما أمرته به المحكمة (١) ، كما اذا خالف طريقة احتساب أجر عامل على أساس معين حددته له المحكمة .

٤ - ألا تكون محكمة الدرجة الأولى قد جرحت تقرير الخبير .

٥ - ألا يكون أحد الخصوم قد تقدم بأدلة أو حجج جوهرية بعد صدور التقرير المحال عليه .

وإذا عن المحكمة الاعتناء على تقرير الخبير في الأحوال المتقدمة تعين عليها أن تجيب على ما تقدم بأن تحكم بصحة التقرير ، أو تقرر الاعتداد بتقرير الخبير ، أو تجيب على أسباب تخرج التقرير أو تجيب على الأدلة والحجج الجوهرية الجديدة التي أدلى بها الخصوم بعد كتابة التقرير والتي تؤثر فيها اشتمل عليه من تقديرات .

وفى إلى أمثلة من قضاء محكمة النقض صدر تأييدا للمبادئ المتقدمة :

حكم بأن عدم ذكر أسماء الشهود الذين سئلوا في محضر أعمال الخبير وعدم إرادته نص أقوالهم ليس من شأنه أن يبطل الحكم متى كان قد أشار لهم وأورد مضمون أقوالهم واعتمد تقرير الخبير الذى ذكر أسماءهم وأورد نص أقوالهم مما يكون معه هذا التقرير جزءاً متما للحكم (٢) .

وقضى بأنه إذا كان الحكم قد اعتمد تقرير خبير الدعوى فإن هذا التقرير يعتبر في نتيجته وأسبابه جزءاً مكلاً لأسباب الحكم فلا يعيبه ان هو لم يبين الأسباب التي استند إليها الخبير في تقريره (٣) .

وإذا استند حكم في تقدير ربح خصم الى قول الخبير الذى نددته محكمة الدرجة الأولى دون أن يصرح بأنه يأخذ بالأسباب التى بنى عليها الخبير تقريره

(١) أو حصلت اعتراضات أخرى وجهت اليه (نقض ٢ مارس ١٩٥٠ ، رقم ١٢٨ سنة ١٧ قضائية) .

(٢) نقض ٢٥ يونيو ١٩٥٣ ، القضية رقم ٣٨١ سنة ٢١ قضائية . وانظر أيضا نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٣٥٩ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نقض ٢١ فبراير ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٠٤ سنة ٢٠ قضائية .

ودون أن يبين عناصر هذا التقدير ، فانه يعتبر أنه أخذ بالنتيجة التي انتهى اليها خبير الدعوى عمولة على الأسباب التي بنيت عليها ، للتلازم بين النتيجة ومقدماتها (١).

وقضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد أثبتت في حكمها أنها اطلعت على تقرير الخبير وعناصر أعماله وتحققت من أنه انتقل الى العين محل النزاع وعابنها ، وسمع أقوال الطرفين ، وحقق دفاعهما واطلع على مستنداتها وطبقها على الطبيعة ثم أخذت بالنتيجة التي انتهى اليها ، وذكرت في حكمها أنها تأخذ بهذا التقرير للأسباب التي أوردها فيه وكان في اعتماد المحكمة لتلك الأسباب المدونة في تقرير الخبير الذي يعتبر منمما للحكم ما يكفي لتسيب قضائها ، فان الطعن على الحكم بالقصور يكون على غير أساس (٢).

وقضت بأنه اذا كان الخبير المعين من محكمة الاستئناف قد خالف الخبير الذي نديته محكمة الدرجة الأولى . وكان الحكم الصادر من محكمة الاستئناف قد عني بفحص الاعتراضات الموجهة الى تقرير الخبير المعين منها ، وكان تقرير هذا الخبير قد ناقش دفاع المعارضين بصورة كافية ، فان أخذ الحكم بتقرير الخبير في هذا الشأن معناه أنه اتخذ أسباب التقرير أسبابا له ، وفيها ما يفيد ان المحكمة أطرحت أقوال الخبير الأول (٣).

أما اذا كانت المحكمة قد رأت عدم الأخذ بتقرير الخبير للاعتبارات التي أوردها فلا ينبغي لما أن تعتمد في حكمها على دليل مستمد من هذا التقرير . وعلى الأخص اذا كان اعتمادها على هذا الدليل لم يكن لمجرد تعزيز أدلة أخرى بل كان هو وحده الذي أقامت حكمها عليه (٤).

(١) نقض ٢٨ فبراير ١٩٥٢ ، القضية رقم ٦٨ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٣ أبريل ١٩٥٠ ، القضية ١٩٦ سنة ١٨ قضائية .

(٢) نقض ٢٩ مايو ١٩٥٢ ، القضية رقم ١١٥ سنة ٢٠ قضائية ، وانظر أيضا نقض أول يونيو ١٩٥٠ ، القضية رقم ٢٠٢ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ٢ مارس ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٢٨ سنة ١٧ قضائية .

(٤) نقض ١٥ فبراير ١٩٤٠ ، مجموعة القواعد القانونية ٣ ص ٦٩

وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه اذا طعن خصم في اجراءات خبير الدعوى وفي موضوع تقريره وكانت اعتراضاته على موضوع التقرير بعضها عام وبعضها خاص ببعض المسائل التي بحثها الخبير ، وطلب من المحكمة عدم الأخذ بالتقرير ، وصدر الحكم برفض هذا الطلب دون الاجابة على وجوه النقد الخاصة من هذا التقرير ، كان الحكم متعين النقض لحلوله من الأسباب (١).

وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم اذ قضى في موضوع الدعوى قد أحال بمباراة مجملة على تقرير الخبير والمستندات ولم يقتصر على هذه الاحالة بل أرفقها ببيان الأسباب التي استند اليها ، وكانت هذه الأسباب وافية يكمل بعضها بعضا وتكفي لحمله فيما انتهى اليه ، فانه لا يصح النعي عليه بالقصور (٢).

وقضت بأنه اذا ذكر الحكم أن أحدا من الطرفين لم يطعن على تقرير الخبير بأى طعن وأن ذلك يعتبر تسليما منهما بما جاء به ، وبناء على هذا اعتمده وأخذ بالنتيجة التي انتهى اليها . وكان الثابت من المذكرة التي قدمها الشفيع الى المحكمة الابتدائية ، والى محكمة الاستئناف أنه قد طعن على هذا التقرير وتمسك بأن أرضه تجاور الأرض المشفوعة من جهتين وأن لها عليها حق ارتفاق بالرى ، وبأن خصومه سلموا له بحقه في الشفعة منذ اللحظة الأولى ، كما استند الى تقرير خبير استشارى جاء في نتيجته أن أرضه تحد الأرض المشفوعة من جهتين . فان هذا الحكم اذ لم يرد على شئ من ذلك ، ولم يبين أى سند له في القول بأن أرض الشفيع لا تجاور الأرض المشفوعة الا من جهة واحدة يكون باطلا لقصور أسبابه (٣).

وقضت بأنه اذا دفع المدعى أمام المحكمة الابتدائية بطلان تقرير الخبير المعين في الدعوى لمخالفته نصوص قانون المرافعات ومخالفته الواقع ، فاستبعدت المحكمة تقريره ونדبت خبيرا آخر . ومع ذلك أخذت المحكمة الاستئنافية

(١) نقض فرنسى ٢٠ نوفمبر ١٨٥٤ (دالوز ٥٥-١-٢٥٩)

(٢) نقض ٢٦ أكتوبر ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٨٤ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ ، القضية رقم ٩٠ سنة ١٤ قضائية .

في حكمها بتقرير هذا الأخير دون أن تتعرض لأوجه البطلان التي أثارها المدعى أمام المحكمة الابتدائية وأضر عليها أمامها هي أيضا ، ودون أن تفند الأسباب التي من أجلها استبعدته محكمة الدرجة الأولى ، فهذا الحكم يكون معيبا في تسييه بما يستوجب نقضه (١) .

٢٤ - عدم جواز الاستناد الى اجراءات اثبات تمت في قضية أخرى - استثناء :

القاعدة أنه لا يجوز للمحكمة أن تسند حكمها الى قرائن مستخلصة من أوراق أو مستندات أو اجراءات اثبات قدمت أو تمت في قضية أخرى غير التي تنظرها ولو كانت بين نفس الخصوم . اذ يلزم أن تتخذ الاجراءات - ومن بينها اجراءات الاثبات - في مواجهة طرفي الخصومة وأمام ذات المحكمة التي تفصل في موضوع الدعوى .

واستثناء من هذا الأصل العام أجاز المشرع - بشروط خاصة - الالتجاء الى القضاء للمحافظة على الدليل قبل رفع الدعوى بالموضوع الى المحكمة المختصة ، وأمام هذه المحكمة يجوز الاستناد على الدليل (راجع المواد ٢٧٧ ، ٢٣١ ، ٢٢٢) (٢) .

وتنص المادة ٢/٣٠٤ على أن الحكم باسقاط الخصومة لا يمنع صاحب المصلحة من التمسك باجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت ما لم تكن باطلة في ذاتها . ويفترض بطبيعة الحال أن يحصل التمسك بها في خصومة أخرى رفع عن نفس الموضوع الذي رفعت به الخصومة التي حكم باسقاطها .

وإذا أحييت القضية من محكمة الى أخرى ، فانه يجوز للمحكمة المحال اليها الدعوى - أيا كان سبب الاحالة - أن تعتمد على النتيجة المستخلصة من اجراءات التحقيق وأعمال الخبرة التي تمت في مواجهة الخصوم أمام المحكمة التي رفعت اليها الدعوى أولا متى كانت اجراءات الاثبات صحيحة في ذاتها (٣) ، وذلك تمشيا مع اتجاه النصوص المتقدمة .

(١) نقض ١٢ أبريل ١٩٤٥ ، القضية رقم ١٢٣ سنة ١٤ قضائية ، وانظر أيضا نقض أول ديسمبر ١٩٣٢ الحماية ١٣ ص ٥٢٠

(٢) راجع الفقرة رقم ٣٤ من كتاب المرافعات .

(٣) أنظر وقارن كتاب الدفوع ، الطبعة الثانية رقم ٣٤ وما اشرفنا اليه من مراجع .

٢٥ - ٣ - تقدير الأدلة التي اعتمد عليها الخصوم واستندت إليها المحكمة
بتقديرها يتمشى مع المنطق السليم - ضرورة تدوين طريق ثبوت الأدلة -
المحكمة لا تنقيد بالأدلة والحجج التي يستند إليها خصم الدعوى في تأييدها
أو رفضها بل هي تملك في سبيل تكوين اقتناعها السليم أن تأمر بما ترى
اجراؤه لاثباتها (١) :

قلعنا أن قاضي الدعوى له مطلق الحرية في أن يستخلص قضاءه من واقع
اجراءات الاثبات التي أمر بها ، ومن واقع ما في ملف الدعوى من مستندات
وقرائن بشرط أن يتقيد بقواعد الاثبات الموضوعية ويأخذها عن القانون
أخذاً صحيحاً ، وأن يتقيد بالاجراءات الشكلية المقررة في قانون المرافعات
ولا يعتمد على اجراءات باطلة .

وقاضي الدعوى مقيد أيضاً عند استخلاص الوقائع الصحيحة بتقديرها
بتقديرها يتمشى مع المنطق السليم ، فإن خالفه كان حكمه معيباً ، وهو من ناحية
أخرى ملزم بتدوين طريق ثبوت الأدلة حتى تتمكن محكمة الطعن من مراقبة
قضاؤه .

ومتى توافر كل ما تقدم يستوى أن يختار القاضي الاعتماد على شهادة
شاهد دون آخر ، أو يعتمد على قرينة دون أخرى من نفس قوتها .

ونذكر فيما يلي أمثلة من القضاء لأحكام اعتمدت على منطق سليم
في استخلاص الوقائع ، وأخرى اعتمدت على منطق مشوب لا يتمشى مع
طبيعة الأمور ، وأحكام لم تذكر طريق ثبوت الأدلة التي اعتمدت عليها ،
وأحكام لا غبار عليها لأنها فضلت شهادة شاهد على شهادة آخر ، أو اعتمدت
على قرينة دون أخرى من نفس مرتبتها وقوتها .

(١) استئناف مخطوط ٢٠ نوفمبر ١٩٣٠ مجلة التشريع والقضاء ٤٣ ص ٣١ ، وراجع
الأحكام البديدة المشار إليها في كتاب الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع في باب حجية
الأحكام التمهيدية .

٣٦ - أمثلة لتقدير سليم لوقائع الدعوى :

١ - اذا كانت المحكمة قد قضت ببطلان عقد البيع الذى يتحقق رهننا واستخلصت قرينة نحس الثمن من أوراق الدعوى التى استندت اليها فى تنفيذ تقدير الخبير لقيمة الأرض فان حكمها يكون سليما صحيحا فى تسييه (١).

٢ - اذا كان الحكم بعد أن نفى عن العقود وصف الرهن التجارى من واقع نصوصها أشار الى ما جرى به العرف من التعامل على أساس عقود مماثلة للعقود موضوع النزاع ، وقرر أن القضاء المصرى لم ير فيها ما يخالف القانون فانه يكون فى غير محله ما ينهه الطاعن على الحكم من أنه أسس قضاءه على ما جرى به العرف مقلبا اياه على نصوص القانون الأمرة (٢).

٣ - اذا كانت المحكمة بعد أن حققت وجه البطلان المدعى به خلصت الى أن ذكر أربعة قضاة فى ديباجة الحكم لا يعدو أن يكون خطأ ماديا وأنه لم يشترك فى المداولة فى القضية واصدار الحكم فيها الا ثلاثة قضاة هم المذكورة أسمائهم بمحضر الجلسة ، وكان هذا المحضر مكملا للحكم وكان مجرد الخطأ المادى فى الحكم لا يؤثر فى سلامته وكانت المحكمة قد خلصت الى هذه النتيجة بأسباب سائفة تؤدى اليها ، فان الحكم المطعون فيه اذ قضى برفض الدفع ببطلان الحكم الابتدائى لا يكون قد خالف القانون (٣).

٤ - لما كان تقدير الضرورة الداعية للحراسة أو الخطر الموجب لها هو من المسائل الموضوعية . وكانت الأسباب التى أقامت عليها المحكمة قضاءها برفض الحراسة لا تخالف نصوص القانون المدنى التى تميز للمحكمة القضاء بهذا الاجراء التحفظى اذا ما تجمع لدى صاحب المصلحة فى منقول أو عقار من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا فى بقاء المال تحت يد

(١) نقض ١٠ يونيو ١٩٥٤ ، القضية رقم ٢٢٢ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ٢١ مايو ١٩٥٣ ، القضية رقم ١١٠ سنة ٢١ قضائية ، وراجع أيضا نقض

٢٩ مارس ١٩٥١ ، القضية رقم ١٢٧ سنة ١٩ قضائية .

(٣) نقض ٢٥ يونيو ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٤ سنة ٢١ قضائية .

حائزه ، لما كان ذلك ، وكانت الأسباب التي استندت إليها المحكمة في رفض طلب الحراسة مبررة لتقضائها فإن النص على الحكم بمخالفة القانون أو القصور في التسيب يكون على غير أساس^(١).

٥ - متى كانت المحكمة اذ قضت بصحة السند المطعون فيه قد قررت ان اضافة شرطة أفضية الى رقمه الأصلي لا تقطع في تزوير السند لاحتمال حصول هذه الاضافة وقت كتابته تبعا لطريقة الكاتب الخاصة . فان ما قرره هو أمر يدخل في نطاق سلطة تقديرها الموضوعية^(٢).

٦ - متى كانت المحكمة قد كيفت العقد التكييف القانوني الصحيح اذ اعتبرته عقد شركة وتحدثت عما قامت به المطعون عليها من جهد للحصول على تصاريح الاستيراد وأن هذا الجهد كان محل تقدير الطاعن نفسه حتى لقد قبل أن يكون للمطعون عليها لقاء ذلك النصف في أرباح الشركة محل النزاع ، كما كتب لمدير الشركة المطعون عليها مشيدا بهذا الجهد وبأنه لولاه لاستحال على الطاعن الحصول على التصاريح . وكانت المحكمة قد اعتبرت هذا العمل الذي قامت به الشركة المطعون عليها حصة قانونية بالاضافة الى ما تتمتع به من سمعة تجارية فان حكمها يكون سليما في أسبابه^(٣).

٧ - متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة لم ترفيا قاله الطاعن من أن البائعة كانت مريضة مرض الموت عند تحرير عقد البيع الا مجرد ادعاء غير جدى لأن الطاعن لم يقدم دليلا أو حتى قرينة على أنها كانت مريضة ، فان المحكمة - بناء على هذه الأسباب السائغة التي أوردتها - تكون قد رفضت ضمنا طلب الاحالة على التحقيق لاثبات مرض الموت . وهذا لا خطأ فيه في تطبيق القانون كما لا يشوبه القصور^(٤).

(١) نقض ٣٥ يونيو ١٩٥٣ ، القضية رقم ٩٩ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٢ . القضية رقم ١٠١ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٢ . القضية رقم ٣٣١ سنة ٢٠ قضائية .

(٤) نقض ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٦٨ سنة ٢٠ قضائية ، وانظر أيضا نقض

٢٠ نوفمبر ١٩٥٢ . القضية رقم ١٤٤ سنة ٢٠ قضائية . ونقض ٧ ديسمبر ١٩٥٠ ، القضية رقم ٨ سنة ١٩ قضائية . ونقض ٣ مايو ١٩٥١ ، القضية رقم ٨٨ سنة ١٩ قضائية .

٨ - متى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى بمسئولية الطاعة عن الضرر الذى لحق المطعون عليهما بسبب غرق ابنهما فى حمام للسباحة أقام قضاءه على ما استخلصه من أوراق الدعوى من أن الطاعة عينت الملاحظين وهى التى تندب من يقوم منهم بالملاحظة والاشراف على الحمام ، مما تتوافر معه علاقة تبعية هؤلاء الموظفين الى الطاعة ، وبالتالي مسئوليتها عما يرتكبه هؤلاء التابعون من أخطاء تسبب ضررا للغير فى حالة تأدية وظائفهم أو بسببها ، فانه يكون مما لا جدوى فيه البحث فيما اذا كانت مرتبات موظفى الحمام تدفع لهم عن أعمالهم فى الحمام وحده أو عن أعمال أخرى منضمة اليه (١).

٩ - متى كان الحكم الابتدائى المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه اذ اعتمد الوفاء الحاصل من المطعون عليه الأول الى المطعون عليه الثانى قد قرر أن الخطاب الذى يعتمد عليه الطاعن فى اثبات علم المطعون عليه الأول بملكيتة للبصل المبيع صريح فى أن المطعون عليه الأول يعلم من بواليص الشحن المرسلة اليه باسم المطعون عليه الثانى أن هذا البصل مملوك لشاحته ولما لم يفده الطاعن عما يجب اتباعه فى شأن تخزين البصل سلم ثمنه للمطعون عليه الثانى على اعتبار أنه هو المالك الظاهر له ، ثم أخذ عليه وصولا بقبض الثمن . وأن المكاتبات المتبادلة بين الطاعن والمطعون عليه الثانى ليست حجة على المطعون عليه الأول لأنها ليست صادرة منه ولا توقيع له عليها ، فان هذا الذى قرره الحكم هو استخلاص موضوعى سائق يكفى لحمله ولا مخالفة فيه للقانون ولا يشوبه قصور (٢) .

١٠ - اذا اتخذت المحكمة من عزل الطاعن عن التوكيل باعلام شرعى قرينة اضافتها الى الأدلة والقرائن الأخرى التى أوردتها فى حكمها واعتمدت على كل ذلك فى ان وضع يد الطاعن على الأطيان محل النزاع لم يكن بصفته مالكا وانما كان بصفته وكىلا عن المطعون عليها وبقيّة الورثة ، فلا مخالفة فى هذا لقواعد الإثبات (٣) .

(١) نفى ١٣ نوفمبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٣٠ سنة ٢٠ قضائية .

(٢) نفى ٥ مارس ١٩٥٣ ، القضية رقم ٤٢٨ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) نفى ٢٩ نوفمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٥٤ سنة ١٩ قضائية .

١١- متى كانت المحكمة قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاسترداد التي رفعت من الغير وقضى فيها جميعا بالرفض كانت دعاوى كيدية أقيمت بايعاز من الطاعن والتواطؤ معه اضرارا بالمطعون عليه ، كما استدلّت على كيدية الدعاوى التي رفعها الطاعن على المطعون عليه بمضيه في التقاضي رغم رفض جميع دعاويه السابقة وباستمراره في اغتصاب الأطنان موضوع النزاع رغم الأحكام المتعددة الصادرة عليه ، فانه يكون في غير محله النemy على حكمها بالقصور في بيان ركن الخطأ في مسئولية الطاعن (١).

١٢- متى كان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه اذ قضي للمطعون عليه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الدعاوى الكيدية التي رفعها الطاعن قرر أن مسلك هذا الأخير استنفد من وقت المطعون عليه ومجهوده وماله الشيء الكثير ليجابه نشاط خصمه وان هذه الاجراءات الكيدية التي عانى منها المطعون عليه وأقلقت باله في مدى أحد عشر عاما تقدر المحكمة عنها المبلغ الذي قضت به فان في هذا الذي أورده الحكم البيان الكافي لعناصر الضرر الذي قضى بالتعويض عنه (٢).

١٣- متى كانت المحكمة اذ قضت برد وبطلان العقد المدعى بتزويره قد استندت في ذلك الى ما استخلصته استخلاصا سائفا من أقوال الشهود مضافا اليه القرائن الأخرى التي تضافرت في تكوين عقيدتها بتزوير العقد موضوع النزاع ، فان حكمها يكون بمنأى عما يعاب عليه ولا يتر من النتيجة التي انتهت اليها ثبوت أن الختم الموقع به على العقد المزور هو ختم المطعون عليها لا ختم مصطنع لها حسبما ذكرته في شواهد التزوير متى كانت المحكمة قد تبينت من التحقيق الذي أجرته أن التوقيع به حصل بغير علم من المطعون عليها (٣).

(١) نفص ١٠ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٦٩ سنة ٢٠ قضائية .

(٢) نفص ١٠ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٦٩ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نفص أول مايو ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٠١ سنة ٢٠ قضائية .

١٤- متى كان الحكم لم يتخذ قرينة على صحة عقد البيع المقول بصدوره من مورث الخصوم الى المطعون عليها الأولى لم يتخذ من مجرد عدم طعن الطاعنات الثلاث الأخيرات عليه بالتزوير في الدعوى السابقة المقامة عليهن من المطعون عليها الأولى بطلب تثبيت ملكيتها الى بعض أشجار النخيل المبيعة لها من المورث بمقتضى العقد سالف الذكر وانما اتخذ هذه القرينة من طعنهن عليه فيها بالصورية مما يفيد اعترافهن بصدوره من المورث . كذلك لم يتخذ الحكم من مجرد حضور الطاعن الأول في الدعوى السابقة بصفته وكيلًا عن إحدى الطاعنات الثلاث الأخيرات ، وعدم طعنهن فيها بالتزوير قرينة على صحة العقد . بل اتخذ هذه القرينة من أقواله التي لا ينزع في أنه أبدأها أمام الخبير المعين في تلك الدعوى والتي تم عن الاعتراف بصدور عقد البيع من المورث - فان الطعن في الحكم بالقصور وبالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس (١) .

٢٧- أمثلة لتقدير مشوب لا يتمشى مع منطق سليم - وجوب الأخذ بظاهر ما تشبه الأوراق والمستندات والقرائن والا وجب ايراد أسباب العدول عن الأخذ بهذا الظاهر :

١ - قضت محكمة النقض بأنه لا يتصور أن تقضى المحكمة من تلقاء نفسها - أعمالاً لنص المادة ٢٥٠ (٢) - برد وبطلان عقد تزويره بعد أن ثبت لها عجز مدعى التزوير عن اثبات ما يدعيه ، وبعد أن اقتنعت المحكمة بصحة ذلك العقد (٣)

٢ - اذا كان الحكم اذ انتهى الى عدم جدية عقد البيع وتواطؤ المشتري في تحريره قد استدلل على ذلك باقرار غير مسجل صادر من البائع في تاريخ سابق على هذا العقد ولا يتضمن أية إشارة اليه ، فان ذلك يكون استدلالاً غير سائغ لا يؤدي الى النتيجة التي انتهى اليها الحكم (٤) .

(١) نقض ٨ مارس ١٩٥١ ، القضية ١٣٤ سنة ١٩ قضائية .

(٢) نص هذه المادة « يجوز للمحكمة ، ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالاجرامات المتقدمة أن تحكم برد أية ورقة وبطلانها اذا ظهر لها بجلاء من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة ، ويجب عليها في هذه الحالة أن تبين في حكمها الظروف والقرائن التي استبانت منها ذلك .

(٣) نقض ٥ يناير ١٩٥٦ ، القضية رقم ٢٥٤ سنة ٢٢ قضائية .

(٤) نقض ٢٣ فبراير ١٩٥٦ ، القضية رقم ٢٥٠ سنة ٢٢ قضائية .

٣ - متى كانت المحكمة بعد أن قررت في صدر حكمها أنه كان من الأصوب أن يستصدر المحامي أمرا بتقدير اتعابه من المحكمة القنصلية اليونانية عن القضايا التي فصلت فيها خصوصا وان المذكرات والمستندات أساس المطالبة مكتوبة باللغة اليونانية التي تجهلها المحكمة ولم تترجم بأكملها الى اللغة العربية عادت فأقامت قضاءها للمحامي بما يستحقه من أتعاب عن مباشرة الأعمال القضائية وغير القضائية أمام جهتي التقاضي القنصل والمختلط على ذات المستندات المقدمة في الدعوى ومنها المستندات المحررة باللغة اليونانية التي تجهل حقيقتها ، فان حكمها يكون معيبا بمعيب التناقض^(١).

٤ - اذا قررت المحكمة في حكمها أن الحصة التي رسا مزادها هي غير الحصة المطالب بها وبأن الأشخاص الذين تلقى الخصم منهم ملكية الحصة التي رسا مزادها عليه هم غير الأشخاص الذين تلقى الطاعن منهم ملكيته ، وكان هذا الذي اعتمدت عليه المحكمة خلوا من بيان مفصل عن المستندات التي استمدت منها تقريرها ، وخلوا من بيان الأدلة والقرائن التي جعلت المحكمة تنتهي الى هذا التقرير - وكان هذا البيان لازما للفصل في الدعوى فان الحكم يكون معيبا بقصور يبطله ويستوجب نقضه^(٢).

٥ - لما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع أسست قضاءها بثبوت الربا الفاحش على ان القروض قد عقدت في ظروف ألحمة خلال مدة الحرب في بلد يحتله العدو على أن تسدد بالعملة المصرية ودونت في مستندات غير مؤرخة ولم يبين فيها مكان تحريرها وعلى أن ظروف الاستدانة تدل على أن المقرضين كانوا في حالة ضيق شديد أثناء وجودهم بفرنسا اذ سببت لهم الحرب انقطاع سبل معاشهم فاضطروا للجوء الى الطاعن الثاني وغيره للاقتراض منهم . وكانت هذه الظروف التي اعتبرها الحكم دليلا على ثبوت الربا الفاحش لا تؤدي عقلا الى ثبوته ، ذلك لأن كل مدعى لا ياجأ الى الاقتراض عادة الا اذا كان في ظروف تضطره اليه فليست هذه الضرورة في حد ذاتها دليلا على ثبوت الربا الفاحش . وكذلك لا يؤدي الى اثباته خلو

(١) نقض ١٦ يولييه ١٩٥٥ ، القضيستان رقم ٢١٨ ، ٢٦٧ سنة ٢٣ قضائية .

(٢) نقض ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢ ، القضية رقم ٢٢٣ سنة ٢٠ قضائية .

سندات الدين من بيان تاريخ ومكان تحريرها ، وكان للمحكمة متى رجع لديها من قرآن الحال في الدعوى احتمال مظنة الربا الفاحش أن تحيل الدعوى على التحقيق لإثبات المدينون بمقتضى السندات دفاعهم (١).

٦ - اذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد مورثة الطاعن على جملة قرآن منها القرينة المستمدة من اقامتها مع خطلها البائع في تاريخ العقد وقيام المصاهرة بينهما لوجودها وقتئذ في عصمة ابنه استنادا الى ما عراه خطأ الى الشهود الذين سمعوا في التحقيق الذي أجرى في الدعوى ، وكانت تلك القرآن التي استند اليها وحدة تماسكة تضافرت في عقيدة المحكمة بحيث أن انبيار احداها يترتب عليه بطلان الحكم فهذا الحكم يكون قد عاره خطأ في الاستناد يستوجب نقضه (٢).

٧ - عجز المدعى عليه عن اثبات دفاعه لا يصح أن ينهض في ذاته دليلا على صحة دعوى خصمه (٣).

٨ - اذا كان الحكم قد أقام قضاءه بصورية عقد على أن المشتري قد اشترى العين مع علمه بسبق تصرف بائنه في هذه العين لغيره وبوضع يد هذا الغير عليها من تاريخ شرائه وتوانيه هو في رفع دعواه بصحة التعاقد الحاصل معه الى ما بعد مضي سنة من تاريخ سنة عقده . فهذا الحكم يكون قاصرا اذ هذه القرائن لا تؤدي الى الصورية التي انتهى اليها (٤).

٩ - اذا كانت المدعية قد أقامت دعواها على وزارة المعارف بتعويض الضرر الذي أصابها على أنها اذ كانت تحاول الخروج من مصعد بمستشفى تابع للوزارة وقف المصعد بعد تحركه بقليل وظل معلقا بين الدور الأرضي والدور الأول فقفز منه العامل المنوط به تحريكه ثم قفز بعض زميلاتها اللاتي كن معها فيه ، ثم لما ارادت هي أن تقفز مثلهن تحرك المصعد فجأة وأطبق عليها فسبب لها الاصابات التي احدثت بها الأضرار التي تطالب بالتعويض عنها ، وعزت

(١) نقض ١٢ مارس ١٩٥٣ ، القضية رقم ٢٧٥ سنة ٢٠ قضاية ، وانظر أيضا في تأييد المبدأ المذكور في المتن نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ٣٨ سنة ٢٠ قضاية .

(٢) نقض ١٥ نوفمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٥ سنة ٢٠ قضاية .

(٣) نقض ١٧ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٥٠ سنة ٢٠ قضاية .

(٤) نقض ١٥ ديسمبر ١٩٤٩ ، القضية رقم ٢٠٧ سنة ١٧ قضاية ، وانظر أيضا في تأييد المذكور في المتن نقض ٨ يونيو ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٨١ سنة ١٨ قضاية .

ما كان من تحرك المصعد بعد توقفه الى خطأ موجب لمسئولية الوزارة ،
فرفضت المحكمة هذه الدعوى على أساس أن المصعد لم يتحرك بعد توقفه مهددة
أقوال شهود المدعية في صدد هذه الواقعة لما قام لديها من عدم الثقة بهم
مغفلة في ذات الوقت اعترافا صريحا من المدعى عليها بهذه الواقعة دون أن تبين
علة اغفاله ، فان حكمها يكون قاصرا ، اذ لو أن المحكمة لم تغفل هذا
الاعتراف وتعتبر المدعية عاجزة عن اثبات تلك الواقعة الجوهرية مع تسليم
الخصم بها ، وعنت بتحرى صحفها فربما كان يتغير نتيجة لذلك وجه الرأى
في الدعوى (١).

١٠- اذا كانت المحكمة في تقديرها أتعاب محام عن عقد قام به قد
استندت في ترجيح دعوى المحامى على دفاع المحكوم عليهم بالاتعاب الى ظروف
الدعوى وملابساتها ، دون أن تنصع عن ماهية هذه الظروف والملابسات ،
ثم قررت في حكمها انها راعت في تقدير أتعاب المحامى ما قام به من تذييل
العقبات القانونية التي اعترضت اتمام العقد الذى قدرت عنه الأتعاب وما بذل
من جهود في سبيل بحث مستندات التخليك دون أن تبين سندها في هذا التقرير
الذى كان موضع منازعة من المحكوم عليهم في الاستئناف المرفوع منهم
عن الحكم الابتدائى . فهذا وذاك قصور يبطل حكمها . اذ بدون هذا البيان
لا يتسنى لمحكمة النقض أن تراقبها فيما انتهت اليه (٢) .

١١- ان قاضى الدعوى لا يجوز له قانونا أن يطرح ما يقدم له تقدما
صحيحا من الأدلة أو الأوراق المؤثرة في حقوق الخصوم دون أن يورد
في حكمه ما يبرر هذا الاطراح بأسباب خاصة . فاذا هو سكت . لغير علة
ظاهرة في حكمه . عن بحث المستندات التي لم يختلف طرفا الخصومة
لا على حجيتها ولا على دلالتها الظاهرة . فان حكمه يكون باطلا لقصور أسبابه .
ولا يجدي أن يقال انه فعل ذلك عن طريق تأويل الدليل أو تفسير الورقة فان
سلطته في تفسير الأوراق والمستندات . وفي العدول عن معناها الظاهر

(١) نقض ٩ مارس ١٩٥٠ ، القضية رقم ١٤٦ سنة ١٧ قضائية .

(٢) نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ ، القضية رقم ١١٧ سنة ١٨ قضائية .

الى المعنى الذى يريد الأخذ به ليست سلطة مطلقة بل هو مقيد بوجوب إيراد الأسباب التى يستند لها فى ذلك حتى يتسنى للمحكمة النقض مراقبة ما اذا كان قد أخذ فى تفسيره باعتبارات معقولة أم لا (١).

١٢- متى كان مفاد ما قرره الحكم أنه لم يلق بالآلى حقيقة ما أثبتته الخبر فى تقريره مما يغير به وجه الرأى فى الدعوى فإنه يتعين نقضه (٢).

١٣- لا يكفى أن تأخذ المحكمة باقتراح المأمورية فى تقدير أرباح الممول وتصفه بأنه قد بنى على أسس جديرة بالاعتبار دون أن توضح هذا القول . كما لا تملك طرح تقرير الخبر وتقديره والأسباب التى بنى عليها ، وطرح قرار لجنة التقدير وأسبابه دون أن تجيب على هذا أو ذاك (٣).

٢٨- اذا تناقضت الأدلة أو تقارير الخبراء وجب على المحكمة أن توائم بينها والا كان حكمها مشوبا ان هى اعتمدت عليها جميعها .

وترتبا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأنه اذا كان يبين مما أورده الحكم أن المحكمة استندت فى قضائها برد وبطلان السند المطعون فيه بالتزوير الى ما ورد بتقريرى الخبرين المتقدمين فى الدعوى رغم اختلافهما فى تحديد مواطن التزوير فى المحرر المذكور وطريقة حصوله ، ولم تبين كيف وامت بين الرايين فيهما - على ما بينهما من تفاوت ظاهر وعلى استحالة تصور الجمع بينهما . وانها أضافت الى ذلك مشاهدتها الخاصة وقطعت بها فى حصول التزوير فى مسألة اختلفت فيها ابحاث الخبراء دون أن تبين هى مواضع التزوير التى رأتها ودلائله التى اطمأنت اليها فان الحكم يكون قاصر البيان (٤).

(١) نقض ١١ يونيو ١٩٣٦ ، القضية رقم ٧ سنة ٦ قضائية . وانظر أيضا فى تأييد المذكور بالمتن نقض ١٤ مارس ١٩٤٠ ، القضية رقم ٢٦ سنة ٩ قضائية .

(٢) نقض ٢٩ مارس ١٩٥٦ ، القضية رقم ٣٤٦ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) نقض ٣ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٦٦ سنة ٢٠ قضائية .

(٤) نقض ١٥ مارس ١٩٥٦ ، القضية رقم ٣٣٩ سنة ٢٢ قضائية .

وقضت بأنه متى كان الحكم قائماً على قرينتين مجتمعتين وكانت احدهما مجردة عن الدليل ولا يبين منه أثر كل واحدة منهما على حدة في تكون عقيدة المحكمة بحيث لا يمكن أن يعرف ماذا يكون قضاؤها مع استبعاد احدهما فانه يكون من المتعين نقض الحكم لقصور أسبابه^(١).

٢٩ - أمثلة لأحكام لم تذكر طريق ثبوت الأدلة التي اعتمدت عليها ، أو لم تعتمد على أدلة ما فيما قضت به :

١ - اذا كان الحكم قد قال بقيام شركة تضامن بين المدعى والمدعى عليهم دون أن يوضح كيف استخلص من مجموع الأدلة التي استند اليها للقول بوجود شركة بينهم أن هذه الشركة بالذات هي شركة تضامن لا شركة عاصمة فانه يكون قاصر البيان متعينا نقضه^(٢).

٢ - اذا نازع المدعى عليه جهة الوقف في ملكيتها للأعيان المطلوبة مدعياً أنه يملكها بالشراء من مالكها الحقيقي ، وقضت المحكمة لجهة الوقف بالملكية تأسيساً على مجرد أن الأرض الموقوفة لا يجوز بيعها الا باذن من القاضي الشرعى ، فانها بذلك تكون قد اعتبرت الملكية مسلمة لجهة الوقف . فاذا هي لم تكن ببيان الأدلة التي أقامت عليها هذا الاعتبار المنازع فيه ، كان حكمها قاصر التسيب متعينا نقضه^(٣).

٣ - اذا نذبت المحكمة خبيراً لبيان حصة كل من الوقفين محل الدعوى في العين المؤجرة لتحديد نصيب كل منهما في تكاليف البناء الذي أحدث ، فلم يبين الخبير ذلك ، ومع هذا أخذت المحكمة بهذا التقرير دون أن تبين سبب عدولها عن ايجاب تنفيذ الحكم التمهيدى ولا علة قضائها بالزام الوقفين معا بمصاريف البناء مما مفاده أنها ألزمتها بها مناصفة ، فان حكمها يكون قاصر البيان في هذا الخصوص قصوراً يستوجب نقضه^(٤).

(١) نقض ٢٠ أبريل ١٩٥٠ ، القضية رقم ٢٥٥ سنة ١٨ قضائية .

(٢) نقض ٩ أكتوبر ١٩٤٧ ، القضية رقم ١١٤ سنة ١٦ قضائية .

(٣) نقض ٢١ نوفمبر ١٩٤٦ ، القضية رقم ١٣٩ سنة ١٥ قضائية .

(٤) نقض ١٩ يناير ١٩٥٠ ، القضية رقم ٣٩ سنة ١٨ قضائية ، وراجع أيضاً في تأييد ذات المبدأ نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ - القضية رقم ١٥٤ سنة ١٨ قضائية .

٤ - يكون الحكم قاصراً قصوراً يستوجب نقضه إذا اعتبر الدائن مقصراً في استغلال العين المرهونة دون أن يوضح كيفية ثبوت هذا التقصير ، مكتفياً بعبارة غامضة لا تكشف عن أى معنى^(١).

٥ - إذا كان ثمن العين المشفوع فيها محل نزاع بين الخصوم في دعوى الشفعة مما حدا بمحكمة أول درجة الى احالة الدعوى على التحقيق للوصول الى معرفة حقيقة الثمن ، وسمعت شهود الطرفين اثباتاً ونفياً في هذا الخصوص ، فان الحكم المطعون فيه اذ خلا من بيان الدليل الذى استند اليه في قضائه بالشفعة بالثمن الذى تمسك به الشفع في دون الثمن المسمى في العقد يكون قد شابته قصور بطله^(٢).

٦ - افتراض الحكم ثبوت اتحاد المبيع في العقدين دون بيان الدليل على صحة هذا الافتراض هو قصور يستوجب نقضه^(٣).

٧ - اذا جاء الحكم قاصراً عن بيان الوسائل غير المشروعة التي استعملت لاكماله الخصم على التوقيع على الاتفاق : فان الحكم يكون مشوباً يستوجب نقضه^(٤).

٨ - اذا اعتبر الحكم الخصومة غير قابلة للتجزئة دون أن يبين كيف توافر الدليل على ذلك ، فانه يكون مشوباً باطلاً^(٥).

٩ - متى كان الحكم المطعون فيه اذ قضى للخصم بمبلغ معين على سبيل التعويض لم يبين عناصر الضرر الذى قضى من أجله بهذا المبلغ ، فانه يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه^(٦).

(١) نقض ٢٧ يناير ١٩٥٥ - القضية رقم ٣٩٩ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٥٨ سنة ٢١ قضائية . وانظر أيضاً في تأييد نفس المبدأ نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٢٨ سنة ١٩ قضائية ، ٢٧ نوفمبر ٥٢ ، رقم ٢٢٣ سنة ٢٠ قضائية - تقدم ذكر ملخص له في الفقرة رقم ٢٦ .

(٣) نقض ٢١ ديسمبر ١٩٥٠ ، القضية رقم ٢٢٠ سنة ١٨ قضائية .

(٤) نقض ٨ فبراير ١٩٥١ ، القضية رقم ٩٦ سنة ١٨ قضائية .

(٥) نقض أول مارس ١٩٥١ ، القضية رقم ٢٠٠ سنة ١٨ قضائية .

(٦) نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٠٧ سنة ٢٠ قضائية .

١٠- لا يمكن أن تأخذ المحكمة باقتراح المأمورية في تقدير أرباح المحول وتصفه بأنه قد بنى على أسس جديرة بالاعتبار دون أن توضح هذا القول (١).

٣٠- لا تثريب على المحكمة أن هي آثرت شهادة على أخرى :

القاعدة أن قاضى الدعوى حر فى أن يستخلص من أقوال الشهود ما يطمئنه ويرتاح اليه فى قضائه ، فله أن يعتمد على شهادة دون أخرى ، وتقديره فى هذا الصدد لا يخضع لاشراف أو رقابة ، بشرط أن يكون ما استخلصه من أقوال الشاهد غير مناقض لما هو ثابت بمحضر التحقيق . واذن لا تلزم المحكمة ببيان سبب أخذها بأقوال شهود الاثبات دون النفى اذ ذلك منوط - كما قدمنا - بتصديقها اياهم واطمئنانها اليهم بغير رقابة عليها (٢).

٣١- لا تثريب على المحكمة أن هي اعتمدت قرينة دون أخرى من نفس مرتبتها وقوتها :

القاعدة أن المحكمة لا تنقيد رأى الخبير المتدب فى الدعوى لتقدير أمر ما بل لما أن تطرحه وتنقضى فيها بناء على الأدلة الأخرى المقدمة لها وذلك دون أن تكون ملزمة بنذب خبير آخر متى وجدت فى هذه الأدلة الأخرى ما يمكن لأقامة قضائها (٣).

٣٢- لا تثريب على المحكمة أن هي فضلت قول خبير على آخر :

فإذا كان الخبير المعين من محكمة الاستئناف قد خالف الخبير الذى ندبته محكمة الدرجة الأولى . وكان الحكم الصادر من محكمة الاستئناف قد عني بفحص الاعتراضات الموجهة الى تقرير الخبير المعين منها : وكان تقرير هذا الخبير قد ناقش دفاع المعارضين بصورة كافية ، فإن أخذ الحكم بتقرير الخبير فى هذا الشأن معناه أنه اتخذ أسباب التقرير أسبابا له . وفيها ما يفيد أن المحكمة أطرحت أقوال الخبير الأول (٤).

(١) نقض ٣ أبريل ١٩٥٢ ، القضية رقم ١٦٦ سنة ٢٠ قضائية ، أشرنا اليه فى الفقرة رقم ٢٦ .

(٢) نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ - القضية رقم ٤٥ سنة ١٨ قضائية . ونقض ٧ مايو ٥٣ - القضية رقم ٢٩٠ سنة ٢١ قضائية .

(٣) نقض ٢٩ مايو ١٩٥٢ - القضية رقم ١٤٦ سنة ٢٠ قضائية .

(٤) نقض ٢ مارس ١٩٥٠ - القضية رقم ١٢٨ سنة ١٧ قضائية .

وقضى بأنه اذا كانت المحكمة قد أدخلت في حكمها بتقرير الخبير الذى انتدبته للأسباب التى اشتمل عليها واعتمدت طريقة التقدير التى اتبعها فذلك مفاده أنها لم تجد في تقرير الخبير الاستشارى ما يغير وجه الرأى الذى انتهت اليه في الدعوى^(١) ، أو أنها تنفذ ما تعارض من أسباب تقرير الخبير الاستشارى مع أسباب الخبير الذى ندبته^(٢) (٣) .

٣٣ - ٤ - الرد على أدلة الخصوم الجوهرية التى لم تعتمد المحكمة عليها في حكمها :

ليس يكتفى أن يحترم قاضى الدعوى قواعد الاثبات الموضوعية وقواعدها الاجرائية ، وأن يعمل منطقاً سليماً في استخلاص الوقائع التى يعتمد عليها في حكمه ، بل عليه أيضاً - حتى يصدر حكمه ناطقاً بعدالته - أن يجيب على أوجه دفاع الخصوم الجوهرية ، ويجيب على ما تتعلق به مستنداتهم وأوراقهم الهامة التى لم يعتمد عليها . والا اعتبر حكمه باطلاً . وكثيراً ما تذكر في الحكم أسباب وحجج عامة تصلح في الرد على جميع ما قدمه الخصوم من أدلة وقرائن .

وعند الطعن في الحكم . يتعين على محكمة الطعن أن تستعرض أسباب الحكم وأسباب الطعن وما تقدم به الخصوم من أدلة وقرائن في الخصومة التى انتهت بصدر الحكم المطعون فيه وفي الخصومة القائمة أمامها^(١) ، ويتعين عليها ألا تغفل أوجه الدفاع الجوهرية .

واذا أيدت المحكمة الاستئنافية حكم محكمة الدرجة الأولى ، جاز لها أن تضيف أسباباً جديدة الى أسبابه فيما لا يتعارض معها ، وجاز لها أن تهمل تلك الأسباب وتستحدث أسباباً جديدة ، وجاز لها أن تؤيده بأسبابه .

(١) نقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ - القضية رقم ٢٠٢ سنة ١٨ قضائية .

(٢) نقض ١٥ أكتوبر ١٩٥٢ - القضية رقم ٢٨٦ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٩ فبراير ١٩٥٣ - القضية رقم ٢٩ سنة ٢١ قضائية .

(٣) أنظر دراسة تفصيلية في مدى تقييد القاضي بالحكم الصادر باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات أو مدى تقييده بنتيجة التحقيق - كتاب الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع رقم ١٤٥ وما يليه .

(٤) في الحدود الجائرة في التشريع .

وإذا ألفت المحكمة الاستئنافية حكم محكمة الدرجة الأولى أو شفا منه ، وجب عليها الرد على أسباب الحكم الملقى ، كما يجب عليها أن تبني حكمها في الاستئناف على ما يؤيده من الأسباب .

وغنى عن البيان أن اغفال الفصل في طلب يجزئ لصاحب المصلحة الالتجاء الى المحكمة بالاجراءات المعتادة لنظر الطلب والفصل فيه ، بشرط أن يكون الاغفال كلياً والطلب طلباً موضوعياً عملاً بالمادة ٣٦٨ (١).

أما اغفال الفصل في دفع ما فانه يشف عن رفضه بصورة ضمنية ، ويشترط أن تشمل أسباب الحكم على ما يبرر القضاء الضمني في الدفع ، والا اعتبر الحكم فيه باطلاً ، وأعتبر الحكم في الموضوع مبنيًا على اجراء باطل ، إذا كان بالفعل مبنيًا عليه .

وفما يلي دراسة تفصيلية لما تعلق بالاجابة على أدلة الخصوم الجوهرية أمام محكمة الدرجة الأولى أو في الطعن .

٣٣ — ضابط التفرقة بين الدفاع أو الدليل الجوهري وغير الجوهري :

ليس هناك بطبيعة الحال ضابط قانوني في هذا الصدد ، وإنما الضابط هو موضوعي بحسب وعمل ، فكلما نهض الدفاع أو نطق الدليل أو المستند بأمر لا يتمشى مع ما صدر به الحكم أو مع ما بنى عليه ، ولم يشتمل على ما يصلح اجابة (صرحة أو ضمنية) على هذا أو ذاك ، كان الحكم قاصراً قصوراً يستوجب بطلانه . أما إذا كان دفاع الخصم أو دليله لا يغير من وجه الدعوى ولو مع افتراض ثبوته فانه لا تثير على المحكمة ان هي أغفلته .

وكثيراً ما يكون اتجاه المحكمة في حكمها الى نحو معين اجابة ضمنية على كل ما يخالف حكمها من أقوال أو مما تشغه المستندات أو القرائن .

٣٤ — اغفال الرد على دفاع جوهري اذا ثبت فانه يغير وجه الرأي في الدعوى أو اغفال الرد على مستند هام لم يختلف الخصوم لا على دلالاته الظاهرة ولا على حججه أو رفض اثبات واقعة جوهرية في الدعوى :

حكم - ترتباً على ما تقدم ، بأن قاضي الدعوى لا يجوز له قانوناً أن يطرح ما يقدم له تقديمًا صحيحاً من الأدلة أو الأوراق المؤثرة في حقوق

(١) كتاب المرافعات رقم ١٥٤

الخصوم دون أن يورد في حكمه ما يبرر هذا الاطراح بأسباب خاصة . فإذا هو سكت ، لغير علة ظاهرة في حكمه ، عن بحث المستندات التي لم يختلف طرفا الخصومة لا على حجيتها ولا على دلالتها الظاهرة ، فإن حكمه يكون باطلا لقصور أسبابه . ولا يجدي أن يقال أنه فعل ذلك عن طريق تأويل الدليل أو تفسير الورقة فإن سلطته في تفسير المستندات ، وفي العلول عن معناها الظاهر الى المعنى الذى يريد الأخذ به ليست سلطة مطلقة بل هى مقيدة بوجود إيراد الأسباب التي يستند اليها في ذلك^(١).

وحكم بأنه متى كان الخصم قد تمسك بأن تنازله عن حق الشفعة مقصور على البيع الذى قد يصدر للغير من جاره المتنازل له والواقع على الأرض المجاورة وبالتالي فإنه لا يتعدى الى البيع الصادرة للغير من مشتري هذه الأرض ، ولم يرد الحكم على هذا الدفاع الجوهري فإنه يكون قاصرا قصورا يستوجب نقضه^(٢).

وحكم بأنه - في الدعوى بطلب عزل حارس على سيارة لأنه خالف الحكم بتعيينه اذ انفرد بقبض بعض مبالغ من إيراد السيارة واستباحها لنفسه ولم يوزعها على أصحاب الحق فيها - في هذه الدعوى اذا قدم المدعون كشفا من الشركة المستغلة للسيارة تفيد قبض الحارس للمبالغ المتقدمة ، فإن الحكم الصادر فيها يكون باطلا ان هو قرر أن الدعوى خلو من الدليل المثبت لها وأطراح الدليل الذى اعتمد عليه المدعون دون أن يبين سبب هذا الاطراح مع لزوم هذا البيان^(٣).

وحكم بأنه متى كان المدعى عليه بالتزوير قد طلب الى محكمة الموضوع اجراء مضاهاة بين خط الورقة المطعون فيها بالتزوير وبين خط خصم آخر في ابصالات قدمها وذلك الى جانب طلبه التحقيق لاثبات تسلمه الورقة

(١) نقض ١١ يوفيه ١٩٣٦ - القضية رقم ٧ سنة ٦ قضائية .

(٢) نقض ٢٠ مارس ١٩٥٢ - القضية رقم ٨٧ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نقض ٧ يوفيه ١٩٥١ - القضية رقم ٦٦ سنة ٢٠ قضائية .

المذكورة بحالتها من هذا الخصم باعتبار أنه وكيل دائرة الطاعن بالزور ، وكانت المحكمة اذ قدرت ان أموال الشهود لم تقطع فيما أجرى التحقيق بشأنه ، لم تستجب الى طلب المضاهاة ولم ترد عليه في حكمها ، فان الحكم يكون قد أغفل عنصرا هاما من عناصر دفاع جوهرى مما يكون من شأنه لو ثبت أن الورقة محررة بخط ذلك الخصم أن يتغير وجه الرأى في الدعوى ويكون الحكم قد شابه قصور يطله ويستوجب نقضه^(١).

وقضت محكمة النقض بأنه لا وجه لمساءلة الناقل عن فقد بعض ما تولى نقله الا أن يقوم الدليل المقنع على أن الفقد حصل يقينا أثناء النقل ، فاذا كان قد طالب بالتحقق من ذلك وأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الجوهري ولم يشر اليه فانه يكون قاصرا قصورا يعيبه^(٢).

وقضت بأن لدعوى الشفعة شروط خاصة بخلاف الشروط العامة التي تعتقد بها الخصومة في الدعوى ، فاذا كان أحد الخصوم في دعوى الشفعة قد تمسك بعدم توافر شروط توجيهها اليه باعتبار أنه المشتري الثانى وأنه سجل عقده قبل تسجيل اجراءات دعوى الشفعة الموجهة الى المشتري الأول ، ولم يتناول الحكم هذا الدفاع بأى رد ، ولم يتم قضاءه بجواز نظر دعوى الشفعة على أسباب مؤدية اليه ، فان الحكم يكون معيبا بالقصور المبطل له^(٣).

وقضت بأنه متى كان الخصم قد دفع لدى محكمة الدرجة الثانية بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة - لأنه لا يملك المنزل الذى يطالب المدعى بتعويض عن هدمه - وكانت المحكمة قد أغفلت الرد على هذا الدفع مع ما له من أثر في الفصل ، فان حكمها يكون قد شابه قصور يطله^(٤).

(١) نقض ١٢ يناير ١٩٥٦ ، القضية رقم ١٨٢ سنة ٢٢ قضائية .

(٢) نقض ٢٢ مارس ١٩٥٦ ، القضية رقم ٣١٠ سنة ٢٢ قضائية .

(٣) نقض ٢١ يونيو ١٩٥٦ ، القضية رقم ١١٩ سنة ٢٣ قضائية .

(٤) نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٣ ، القضية رقم ١٧٣ سنة ٢١ قضائية . يبدو أن الأوفق ، في القضية المتقدمة ، أن يمد الحكم في الموضوع مبنيا على قضاء نسئ غير سبب برفض الدفع ، أى يمد مبنيا على اجراءات باطلة .

وقضت بأنه اذا كان الثابت أن الخصم قد تمسك بأنه دفع كامل ثمن المبيع بموجب ابصالات قدمها الى المحكمة ، فان حكمها يكون مشوبا بالقصور ان هو لم يحقق هذا الدفاع^(١).

وقضت بأنه متى كان الحكم اذ قضى برفض دعوى بطلان البيع الصادر من الطاعن الى المطعون عليه الأول أقام قضاءه على انتفاء الصورية المطلقة بناء على ما ثبت للمحكمة من أن للعقد المطعون فيه كيانا حقيقيا ، ولم يتعرض لما تمسك به الطاعن من أن الوصف الحقيقي لهذا العقد هو أنه ليس بيما كظاهر نصوصه ، وانما هو رهن مستر للأطيان المبينة فيه تأمينا لما عساه أن يدفعه عنه المطعون عليه الأول مما يفيد أن الطاعن انما أسس دعواه على الصورية النسبية دون الصورية المطلقة ، فان هذا الحكم يكون قد أخطأ في تكييف الدعوى وشابه القصور^(٢).

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان بين من الأوراق أن الطاعن تمسك في كافة مراحل التقاضي بأن المطلات المشار اليها في طعنه لا يمكن أن تكسب حتى ارتفاق المثل والنور والهواء لانها مفتوحة على أرض قضاء ومروكة على سبيل التسامح وأن التسامح لا يكسب حقا . وكان هذا الدفاع من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى ، وكان الحكم خلوا من التحدث عنه . فانه يكون قد شابه قصور يطله في هذا الخصوص^(٣).

وقضت بأنه متى كان بين من الأوراق المقدمة أن الطاعنة تمسكت في جميع مراحل دعوى اثبات التعاقد المرفوعة منها انها كسبت ملكية العقار موضوع النزاع بوضع يدها عليه المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وبأن تحرير عقد بيع من نفس البائنة الى المطعون عليهما عن هذا العقار وقيامهما بتسجيل عقدهما لا يؤثر على التملك بوضع اليد ، وكان بين من الحكم المطعون فيه أنه خلوا

(١) نقض ٢١ نوفمبر ١٩٥٣ - القضية رقم ٤٢٧ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ١١ مارس ١٩٥٤ - القضية رقم ٧٩ سنة ٢١ قضائية ، وأنظر أيضا نقض ٢٥ نوفمبر ١٩٥٤ - القضية رقم ٢٥٨ سنة ٢١ قضائية .

(٣) نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٢ - القضية رقم ٣٥٩ سنة ٢٠ قضائية .

من التحدث عن هذا الدفاع ، وهو دفاع جوهرى له أثره لو صحح في تغير وجه الرأى فى الدعوى ، فان هذا الحكم يكون قد عاره قصور يبطله ، مما يستوجب نقضه فى هذا الخصوص^(١).

وقضت بأن الحكم يكون قاصرا اذا تمسك خصم بأن الاتفاق - محل النزاع - معلق على شرط واقف لم يتحقق ، وأغفل الحكم هذا الدفاع الجوهري ولم يجب عليه^(٢).

وقضت بأنه فى الدعوى بنزع الملكية للمنفعة العامة اذا طلبت الحكومة أن يراعى فى تقدير التعويض ما عاد من فائدة على باقى الأرض بسبب المشروع الذى زعت من أجله الملكية ، فانه يكون لازما على المحكمة أن ترد على هذا الدفاع الجوهري ، والا كان حكمها مشوبا بالقصور واجبا نقضه^(٣).

وقضت بأنه اذا طلب محول احترام وتنفيذ اتفاق تم بينه وبين مصلحة الضرائب بشأن تعديل تقدير أرباحه ، كان من المتعين على المحكمة البحث فى وجود هذا الاتفاق أو عدم وجوده^(٤).

وقضت بأن تزوير المحرر كما يكون بتقليد الامضاء قد يكون أيضا بتغيير عبارته . واذن متى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن ارتكن على الأمرين معا فن واجب المحكمة الاجابة عليهما معا والا كان حكمها باطلا^(٥).

(١) نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٢ - القضية رقم ٢٨٧ سنة ٢٠ قضائية ، كذلك الحال اذا تمسك مدعى الملكية بملكه المقار بوضع اليد وطالب بإحالة الدعوى الى التحقيق فلم يجبه المحكمة الى طلبه اذ لا تناقض بين التمسك بمقد تملك ووضع اليد فى ذات الوقت - نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ - القضية رقم ٢٨٠ سنة ٢١ قضائية .

(٢) نقض ١٦ إبريل ١٩٥٣ - القضية رقم ٢٣٤ سنة ٢٠ قضائية ، وأنظر أيضا نقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ - القضية رقم ٢٢٦ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٧ إبريل ١٩٥٢ - القضية رقم ١٤٠ سنة ٢٠ قضائية .

(٣) نقض ٢٩ نوفمبر ١٩٥١ ، القضية رقم ١٧٨ سنة ١٩ قضائية .

(٤) نقض ٦ ديسمبر ١٩٥١ - القضية رقم ١١٥ سنة ١٩ قضائية .

(٥) نقض ٢٩ مارس ١٩٥١ - القضية رقم ١٦٠ سنة ١٩ قضائية .

وقضت بأنه اذا كان الطاعن قد تمسك في دفاعه بأنه ان جاز اتخاذ قرينة ضده من ورقة هي من صنع خصمه فان الاسم الوارد في هذه الورقة لا يتفق مع اسمه هو ، وكان الحكم الذي اعتمد على هذه الورقة لم يرد على هذا الدفاع مع أهميته فانه يكون قاصراً^(١١) .

وقضت بأنه اذا دفع أحد الخصوم بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، وتمسك في تأييده بوجوده مؤثرة ، ولم ترد المحكمة عليها بما يوضح حقيقة الأمر فان حكمها يكون باطلاً^(١٢) .

وقضت بأن رفض اثبات واقعة جوهرية في الدعوى يستوجب نقض الحكم^(١٣) .

٣٥ - التجاوز عن اغضال دفاع غير جوهرى أو عن عدم الاجابة على مستند غير هام أو طلب الاحالة على التحقيق^(١٤) متى كان كل هذا لا يغير وجه الدعوى ولو مع ثبوت الدليل المستخلص منه :

القاعدة أنه لا تريب على المحكمة ان هي أغفلت دفاعا غير جوهرى أو لم تجب على مستند غير هام ، أو لم تجب طلب الخصم الاحالة على التحقيق متى كان كل هذا لا يؤثر فيما تقضى فيه ولا يغير وجه الدعوى ولو مع افتراض ثبوت الدليل المستخلص مما تقدم .

وترتبا على ما تقدم قضت محكمة النقض بأن النعى على الحكم بالقصور لعدم رده على خطاب صادر من مدير مصلحة الاملاك الى وزير المالية يشير فيه الى أن الأطيان موضوع النزاع قد بيعت الى أشخاص آخرين ويبدى رغبته

(١١) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ - القضية رقم ١٢٨ سنة ١٩ قضائية . وانظر أيضا نقض أول يونيو ١٩٥٠ - القضية رقم ١٥١ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ - القضية رقم ١٢٧ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ١٠ مايو ١٩٥١ - القضية رقم ٦٣ سنة ١٩ قضائية .

(١٢) نقض ٢٣ مارس ١٩٥٠ - القضية رقم ١٤١ سنة ١٨ قضائية .

(١٣) نقض ٣ يناير ١٩٥٢ - القضية رقم ١٤٢ سنة ١٩ قضائية .

سوف ندرس هذا الموضوع دراسة تفصيلية عند معالجة مدى التزام المحكمة باجابة طلب الخصم اتخاذ اجراء اثبات ما .

(١٤) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٦ سنة ٢٣ قضائية .

في تعويض مدعى ملكيتها بأطيان أخرى مقابل ثمن منخفض هو نعى غير مُتَّبِع متى كان لم يقدم ما يدل على أن الوزير صاحب الشأن وحده في قبول هذه الرغبة قد وافق عليها^(١١).

وقضت بأنه متى كانت المحكمة بعد أن حصلت دفاع الطاعنين -الشفعاء- ومؤداه أنهم كانوا يجهلون مساحة العقار المبيع وعنوان البائعة فندت هذا الوجه من الدفاع بالأدلة الساتفة التي أوردتها فإن هذا منها لا يعتبر تكييفاً للدعوى مخالفاً للتكييف الذي ارتضاه طرفاها بل هو قيام منها بواجب الرد على كل ما يطرح أمامها من وجوه الدفاع الجوهرية ، وهي اذ حصلت من عناصر الدعوى أن علم الطاعنين بالبيع كان شاملاً لكافة البيانات التي أوجبها القانون وعلى أساسها كانوا يستطيعون استعمال حق الشفعة في الميعاد القانوني وأنهم رغم هذا العلم لم يبدوا فيها الابعد فوات الأجل المحدد قانوناً ورتبت على ذلك سقوط حقهم في الشفعة فإنها بذلك لا تكون قد خالفت القانون أو جاوزت نطاق الخصومة المطروحة عليها^(١٢).

وقضت بأنه متى كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة استخلصت من التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة أن عقد البيع الصادر للمطعون عليهما الأولين هو عقد جدى فيكون ما ينعاه الطاعن على هذا الحكم من أن المحكمة لم تبحث دفعه بصورية عقد المطعون عليهما الأولين هو نعى في غير محله^(١٣).

وقضت بأنه بحسب المحكمة أن تبين في حكمها الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلاً ، وهي بعد غير ملزمة أن تتبع الخصوم في مناحي أقوالهم ومختلف حججهم وأن ترد استقلالاً على كل قول أو حجة أثاروها في دفاعهم^(١٤).

(١١) نقض ٢٥ نوفمبر ١٩٥٤ - القضية رقم ٢٢٣ سنة ٢١ قضائية .

(١٢) نقض ٥ أبريل ١٩٥١ - القضية رقم ٥٢ سنة ١٩ قضائية .

(١٣) نقض ٢٩ يناير ١٩٥٣ - القضية رقم ٣٠٥ سنة ٢٠ قضائية ، ونقض ١٨ يناير ٥١ - رقم ٣٤ سنة ١٩ قضائية .

(١٤) نقض ٣ يناير ١٩٥٢ - القضية رقم ١٢٥ سنة ١٩ و٣٧ سنة ٢٠ قضائية .

وقضت بأنه اذا أنكر خصم التوقيع على محرر ولم يكن لهذا الإنكار من أثر في سير الدعوى - أى لا يتغير به وجه الحكم في الدعوى - فانه يعتبر دفاعا غير جوهري ، ولا تثير على المحكمة ان هى أغفلته (١) ..

وقضت بأنه ما دامت المحكمة قد عنت في حكمها بتمحيص الوقائع الجوهرية التي تعرض لها الخصوم في صدد صحة السند محل الدعوى أو تزويره ، وناقشت الأدلة على ذلك من تقارير خبراء الى تقارير الخصوم عن كنه السند وماهيته والغرض منه ، وانتهت من كل هذا الى نتيجة استخلصتها من أسباب موثقة اليها ، فلا يعيب حكمها سكوته عن أوراق مقدمة من المتمسك بالسند ليس من شأنها أن تؤثر في الحقيقة التي اقتنعت بها (٢) .

٣٣ - لا تثير على المحكمة ان أغفلت دفاعا عدل عنه الخصم صراحة أو ضمنا ، أو لم يدل الخصم به على وجه الاطلاق أمام محكمة الموضوع وتمسك به لأول مرة في النقض :

فاذا كان الحكم المطعون فيه لم يأخذ بما نص عليه في عقد البيع المقبول بصدوره من مورث الخصوم الى ولده الطاعن في فترة مرض موته من دفع الثمن قد استند الى ما تبينه من مجموع التحقيقات وظروف الدعوى وملابساتها . وكان الطاعن لم يقدم ما يثبت أنه تخدى لدى محكمة الموضوع بأنه دفع مقابلا لما اشتراه فان ما ينهيه عليه الطاعن من بطلان لاستناده الى وقائع لا تنفق مع الأوراق المقدمة في الدعوى ولا تؤدي الى ما انتهى اليه فيها يكون في غير محله (٣) .

وقضت محكمة النقض بأن النعي على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون استنادا الى أنه اذ قضى لاحدى المدعيات بابطال العقد في حين أنه سبق أن قضى بابطال المرافعة (٤) بالنسبة لها يكون قد قضى لمصلحة شخص غير ممثل في الدعوى . وهذا النعي لا تقبل اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (٥) .

(١) مجموعة أحكام محكمة النقض - السنة الأولى - القاعدة رقم ١١٣ ص ٤٤٠

(٢) نقض أول يونيو ١٩٥٠ - القضية رقم ١٧٥ سنة ١٨ قضائية .

(٣) نقض ٣ مايو ١٩٥١ - القضية رقم ٨٨ سنة ١٩ قضائية .

(٤) الحكم المتقدم - ابطال المرافعة - في ظل القانون القديم - هو سقوطها واعتبارها كأن لم تكن بمقتضى حكم يصدر بناء على طلب المدعى عليه لتخلف المدعى عن الحضور في الجلسة المحددة لنظر القضية التي أقامها .

وقضت بأنه متى كان الثابت من أوراق الدعوى أن ما دفع به الطاعنون من أن المورث وقت التعاقد كان في مرض الموت هو قول عابر ولم يقدموا ما يثبت أنهم طلبوا الى محكمة الموضوع إحالة الدعوى على التحقيق لاثبات هذا الدفاع أو أنهم قدموا اليها دليلا عليه، كما لم يقدموا ما يثبت أنهم أثاروه لدى محكمة الاستئناف، فإنه لا يعيب الحكم المطعون فيه اغفاله الرد على هذا الدفاع الذى تخلى عنه الطاعنون^(١).

وقضت بأنه اذا كان الطاعن قد تمسك في صحيفة استئنافه في خصوص مبلغ كان يطالبه به المطعون عليه الأول، لاخلاله بالتزاماته بأنه في حقيقة تعويض لا يستحق الا بعد اعذاره وأنه لم يوجه اليه اعذارا. وكان لم يتمسك بهذا الوجه من دفاعه في مذكرته الأخيرة أمام محكمة الاستئناف. وانما قال أنه سدد هذا المبلغ الى المطعون عليه الأول، فإن في هذا ما يفيد تركه التمسك بالوجه المشار اليه ويكون النعى على الحكم بالقصور لعدم تناوله هذا الدفاع على غير أساس^(٢).

٣٧ - لا يلزم الرد - استقلا - على كل ماقاله الخصوم، خاصة إذا لم يتعلق بذات موضوع الدعوى :

قضت محكمة النقض بأنه اذا انحصر النزاع بين الورثة في دعوى تثبيت الملكية في أن كلا منهم يتمسك بوضع يده على أرض النزاع المدة الطويلة المكتسبة للملكية. وكان الحكم اذ قضى برفض الدعوى قد أقام قضاءه - لأسباب سائفة - على أن وضع يد أحد الورثة المتنازعين لم يقم عليه دليل مقنع فإنه لا يفيد هذا الوارث التمسك أمام محكمة النقض باقرار عن تقسيم جميع أطيان التركة بعد وفاة المورث الأصل لم يتمسك هو به أمام محكمة الموضوع.

(١) نقض ٧ فبراير ١٩٥٢ - القضية رقم ٦٠ سنة ٢٠ قضائية.

(٢) نقض ٢٢ يناير ١٩٥٣ - القضية رقم ٣٢٧ سنة ٢٠ قضائية - وانظر أيضا نقض ٢٦ يناير ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٢٥ سنة ٢٢ قضائية - نشر اليه في الفقرة التالية. وانظر أيضا في تأييد المبدأ المذكور في الحكم نقض ٢٨ ديسمبر ١٩٥٠ - القضية رقم ١٤ سنة ١٩ قضائية.

كما لا يفيد مطالبه باقى الورثة بتقديم عقد بيع صورى ادعوا بوجوده للتدليل على بقاء أرض النزاع على ملكية المورث الأصلى ولا التمسك بالاعلامات الشرعية الخاصة بالتوريث مما لا يخرج كله عن كونه جدلا موضوعيا فيها لا يرد على مقطع النزاع وهو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية^(١).

وقضت بأن المحكمة ليست فى حاجة الى الرد استقلالا على كل ما يثيره الخصم متى كانت أسباب الحكم مؤدية الى ما انتهى اليه. ولها أصلها الثابت بالأوراق^(٢).

وقضت بأنه لما كان للخصم أن يدلى بجميع أوجه تأييد طلبه أو أوجه دفاعه أمام المحكمة سواء فى صحيفة دعواه أم فى مرافعته الشفوية أو التحريرية، وكان للمحكمة أن تقيم قضاها على واحد من هذه الأوجه متى كان يكتفى لحمل الحكم مطرحة باقى الأوجه. فانه يكون فى غير محله ما ينهض الطاعن على الحكم المطعون فيه من القصور فى التسيب والأخلال بحقه فى الدفاع لاقامة قضاائه على الدعامة التى ذكرها المطعون عليه فى مرافعته بالجلسة دون الدعامة الواردة فى صحيفة الدعوى^(٣).

وقضت أيضا بأنه بحسب المحكمة أن تبين فى حكمها الحقيقة التى اقتنعت بها وأوردت دليلها. وهى بعد غير ملزمة أن تتبع الخصوم فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وأن يرد استقلالا على كل قول أو حجة أثاروها فى دفاعهم^(٤).

٣٨ - إلغاء الحكم المطعون فيه أو تعديله يقتضى الرد على أسبابه الجوهرية:

متى ألغت محكمة الطعن الحكم المطعون فيه وجب عليها الرد على أسباب الحكم الابتدائى، فضلا عن تسيب قضاها بما يستقيم معه^(٥).

(١) نقض ٢٦ يناير ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٢٥ سنة ٢٢ قضائية.

(٢) نقض ٣١ مايو ١٩٥٦ - القضية رقم ٣٩٢ سنة ٢٢ قضائية.

(٣) نقض ٧ مايو ١٩٥٣ - القضية رقم ٢٩٦ سنة ٢٠ قضائية.

(٤) نقض ٣ يناير ١٩٥٢ - القضية رقم ١٢٥ سنة ١٩ و ٣٧ سنة ٢٠ قضائية.

(٥) نقض ٢٠ ديسمبر ١٩٥١ - القضية رقم ٦٢ سنة ١٩ قضائية.

وقضت محكمة النقض -اعمالا لما تقدم- بأنه اذا كان الحكم الابتدائي حين تحدث عن التحقيقات التي أجريت في الدعوى قد بين أنها لا تؤدي الى اثبات دعوى المدعى ، ثم اعتبرها الحكم المطعون فيه مؤيدة الى ذلك دون أن يبين ما ورد فيها مؤيدا لهذه الدعوى ومفندا لما ذهب اليه الحكم الابتدائي بشأنها كان هذا الحكم قاصرا قصورا يعيبه^(١).

وقضت بأنه اذا قررت محكمة الاستئناف أن النزاع بين الخصوم قد انحصر في أمرين فقط وبنت حكمها على الفصل فيهما ، وكان الحكم المستأنف قد تناول عدة أمور أخرى جوهرية في مصير الدعوى غير هذين الأمرين ، فانه يكون على محكمة الاستئناف -اذا قضت بإلغاء الحكم المستأنف أو تعديله- أن تبين أسباب مخالفتها له ، والا كان حكمها قاصرا لأسباب متعينا نقضه^(٢).

وقضت أيضاً بوجوب تنفيذ محكمة الاستئناف لأسباب الحكم الابتدائي الذي ألغته -ولو كانت فيما قضت به قد أخذت بالوقائع التي رتب عليها الحكم الابتدائي قضاءه - بل ان هذا ادعى في الزامها بالرد على أسبابه^(٣).

وقضت بأنه اذا صدر حكم من المحكمة الابتدائية قرر أن العقار تابع للملك خاص لا للاملاك العامة ، وأحال الدعوى الى التحقيق لأثبات تملك العقار بوضع اليد . ثم ألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم . واقتصرت أسبابها على ما تعلق بالحكم الصادر باجراء التحقيق فان حكمها يكون معيبا متعينا نقضه . ولا يغني القول بأن حكم الاستئناف يؤخذ منه أنه اعتبر ضمنا أرض النزاع من الاملاك الخاصة اذ المقام مقتضاه أن تتحدث المحكمة في صراحة عن تلك الأرض من جهة صفاتها التي تناوالت الاستئناف وتورد الأسباب المؤيدة لوجهة نظرها^(٤).

(١) نقض ٢٧ ديسمبر ١٩٥١ - القضية رقم ١٢٨ سنة ١٩ قضائية - ونقض ٩ نوفمبر ١٩٥٠ - القضية رقم ١٢٠ سنة ١٨ قضائية - ونقض ٥ يناير ١٩٥٦ رقم ٥٣٢ سنة ٢٢ ، وانظر أيضا نقض ٧ يونيو ١٩٥١ - القضية رقم ٦٦ سنة ٢٠ قضائية - تقدمت الاشارة اليه فقرة رقم ٣٣ .

(٢) نقض ٢٧ أبريل ١٩٤٤ - القضية رقم ١ سنة ١٣ قضائية .

(٣) نقض ١٣ مايو ١٩٤٣ - القضية رقم ٧٨ سنة ١٢ قضائية .

(٤) نقض ٧ ديسمبر ١٩٣٩ - القضية رقم ٢١ سنة ٩ قضائية - مجموعة القواعد القانونية

٣٩ - لا تُرَبِّب على محكمة الطعن ان هي أغفلت الرد على سبب غير جوهرى من أسباب الحكم المطعون فيه أو من أسباب الطعن :

بحسب محكمة الطعن أن تبين في حكمها أسباب ما قضت به وأسباب الغائها للحكم المطعون فيه أو أسباب تعديلها له ، وهي بعد غير ملزمة أن تتبع كل أسباب الحكم المطعون فيه وكل أسباب الطعن ومختلف حجج الطاعن والمطعون عليه وأن ترد استقلالا على كل قول أو حجة أثبتت عند نظر الخصومة في الطعن .

وترتيباً على ما تقدم قضت محكمة النقض بأن محكمة الاستئناف غير ملزمة بالرد على كل أسباب الحكم المستأنف ما دام قضاؤها مبنيًا على أساس سليم (١) . وخاصة اذا كانت أسباب الطاعن هي في حقيقتها تتعلق بدعوى اخرى قضت المحكمة بإعادتها الى محكمة الدرجة الأولى للسفر فيها (٢) . أو كانت محكمة الاستئناف قد اعترت في أسباب حكمها رداً ضمنياً مسقطاً لبعض قرائن الخصوم الى أغفلت الرد عليها (٣) .

٤٠ - الاحالة في تقدير الوقائع أو في التسيب على وجه العموم على أسباب الحكم المطعون فيه - شروط هذه الاحالة :

قدمنا أن الأصل أن يكون كل حكم مستوفيا في ذاته جميع أسبابه : ومع ذلك يجوز الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر أن تحيل المحكمة في تسيب حكمها على ما جاء في أسباب حكم آخر سبق صدوره في نفس القضية (٤) . ومن ثم يجوز لمحكمة المعارضة أو للمحكمة الاستئنافية أن تحيل في تسيب حكمها على أسباب الحكم المطعون فيه .

(١) نقض ٩ فبراير ١٩٥٦ - القضية رقم ٢٤٧ سنة ٢٢ قضائية - مجموعة أحكام النقض ٢٠٥ - ١ - ٧

(٢) نقض ٣٠ أكتوبر ١٩٥٢ - القضية رقم ٢٠٠ سنة ٢٠ قضائية - مجموعة أحكام النقض ٤٥ - ١ - ٤ وانظر أيضا في تأييد المبدأ المذكور في المتن نقض ١٩ مارس ١٩٥٣ - القضية رقم ٢٩٨ سنة ٢٠ - المجموعة ٤ - ٢ - ٦٨٧ ، ونقض ١٠ نوفمبر ١٩٢٢ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ١٣٩

(٣) نقض ٢٦ أكتوبر ١٩٥٠ - القضية رقم ٧٨ سنة ١٨ قضائية - المجموعة ٢ - ١ - ٩ ، ونقض ١٤ ديسمبر ١٩٥٠ - رقم ٧٣ سنة ١٩ - المجموعة ٢ - ١ - ١٦٨ ، ونقض ٢ مارس ١٩٥٠ - رقم ١١٢ سنة ١٨ ، ونقض ٩ مارس ١٩٥٠ - رقم ١٢٢ سنة ١٨ ، ونقض ١٦ مارس ١٩٥٠ رقم ٥١ سنة ١٩ قضائية .

(٤) الفقرة رقم ١٥

ويشترط ما يأتي لأعمال الاحالة ولصحة الحكم الصادر معتمدا عليها :

١ - أن تقرر المحكمة هذه الاحالة بشرط التعريف على الحكم المحال عليه بذكر تاريخه وموضوعه ، ويعد تأييدها للحكم المطعون فيه أخذا بأسبابه نظرا للتلازم بين النتيجة ومقدماتها ، بشرط أن تقرر هذا التأييد بلفظه .

٢ - أن تكون الأسباب المحال عليها سائقة غير مشوبة بأى قصور .

٣ - أن يكون الحكم المحال عليه قد صدر فى نفس الدعوى وبين الخصوم أنفسهم^(١). وأن يكون قد أودع ملف الدعوى وأصبح بذلك ورقة من أوراقها .

ويتجه الرأى فى فرنسا الى جواز الاحالة على أسباب حكم صدر بين نفس خصوم الدعوى فى قضية أخرى متصلة بذات الموضوع^(٢).

وتجوز الاحالة على ما جاء فى حكم المحكمة بالشروط المتقدمة والتالية^(٣) ، أو على ما جاء بحكم تمهيدى اشتمل على قضاء قطعى^(٤).

٤ - أن يكون الحكم المحال عليه قائما لم يقض بالغائه ، صحيحا لم يتمسك خصم بطلانه ، ومن باب أولى لم تبطله محكمة الطعن .

واذا عن للمحكمة الاعتماد على أسباب الحكم المطعون فيه - والذى حصل التمسك ببطلانه أمامها - وجب عليها أن تقضى بصحته صراحة أو ضمنا ، مع بيان أسباب ذلك .

(١) فلا تجوز الاحالة على حكم صدر فى دعوى أخرى، ولو كانت وقائمتها والقاعدة القانونية الواجبة التطبيق متشابهة مع تلك - نقض ٢٤ مايو ١٩١١ دالوز ١٤ - ١ - ٢٥١ - ٢١ يونيو ٢٢ - جلاسون ٣ رقم ٧٤٦

(٢) نقض ٢٥ يولييه ١٨٦٤ سيري ٦٤ - ١ - ٤٥٢ ، ونقض ١٣ أبريل ١٨٩٢ سيري ٩٦ - ١ - ٤٣٦ - وانظر نقض ٧ نوفمبر ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ - ٣

(٣) جلاسون ٣ رقم ٧٤٦ والأحكام المدينة المشار اليها ودربراتوز دالوز للمرافعات والأحكام المدينة المشار اليها فى رقم ٣٢٧

(٤) نقض فرنسى ١٦ فبراير ١٩٥٤ مجموعة النقض الفرنسى ١٩٥٤ - ٣ - ٣٩

٥ - ألا يملك الخصوم أمام محكمة الطعن بسبب أو دليل أو مستند أو دفع أو دفاع جوهرى جديد تقتضى سلامة التسيب الرد عليه ، ولا تكون أسباب الحكم المطعون فيه كافية لبناء الحكم - الصادر في الطعن - عليها . وفي هذه الحالة تجوز الاحالة بشرط الرد على الأدلة الجديدة الجوهرية .

وإذا عيب خصم الحكم المطعون فيه من ناحية سرده للوقائع أو تغييرها أو استخلاصه وتقديره لما أو من ناحية تطبيق القانون ، أو غير سبب دعواه في الأحوال الجائزة في التشريع وجب على المحكمة أن تجيب على كل ما تقدم^(١) .

٦ - إذا أبدت محكمة الطعن الحكم في شق منه دون الشق الآخر فلا تجوز الاحالة الا بالنسبة الى الشق الذى أبدته المحكمة ، ويلزم بناء الشق الآخر من حكم محكمة الطعن على الأسباب التى تؤيده .

وإذا أبدت محكمة الطعن الحكم المطعون فيه ، وأقامت قضاءها على ما أوردته من أسباب جديدة كما أخذت بأسباب الحكم الابتدائى فيما لا يتعارض مع أسبابه ، فإن حكمها يكون صحيحا بغير حاجة الى تفصيل ما يتعارض وما لا يتعارض مع أسبابه . لأن هذا مفهوم بطريق الزوم العقلى لكل مطلع على الحكمين ، ولأنه يتبين من مراجعه أسباب الحكمين ما اختلفت فيه وجهات النظر بينهما ، وتعتبر أسباب الحكم المطعون فيه في هذه الحالة مكملات لأسباب الحكم الصادر في الطعن فيما لا تعارض فيه بينهما .

والاحالة في التسيب على حكم آخر لا يعنى المحكمة من ضرورة ذكر كافة البيانات الأخرى التى يتطلبها المشرع لصحة الأحكام ، كما لا يعنى المحكوم له عند اعلانه الحكم الى خصمه من سرد أسبابه بحيث يشتمل الاعلان عليها فضلا عن اشتماله على منطوقه^(٢) ، وذلك عملا بالقواعد العامة في اعلان الاحكام .

(١) نقض ٢٠ مايو ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٦٢٩

(٢) محكمة السين الابتدائية ٣٠ نوفمبر ١٩٥٤ جازيت باليه ٥٥ - ١ - ٤٠ ، مجلة القانون

المدنى ١٩٥٥ - ١٥٦

وفيما يلي أمثلة من أحكام النقص بصدد شروط أعمال الاحالة المتقدمة :

٤١ - لا تريب على محكمة الدرجة الثانية ان هي أخذت بأسباب حكم محكمة أول درجة دون اضافة متى رأت أن في هذه الأسباب ما يغني عن ايراد أسباب جديدة^(١) :

فالحكم الاستثنائي يعتبر مسيئا تسيييا كافيا اذا أخذ بأسباب الحكم المستأنف الذي أيدته محكمة الاستئناف ، وكانت هذه الأسباب كافية لحمله ولم يكن الخصوم قد استندوا أمامها الى أوجه دفاع جديدة تخرج في جوهرها عما قدموه الى محكمة الدرجة الأولى^(٢) . بل اذا كان الحكم الابتدائي قد بني على سببين ، ثم جاءت المحكمة الاستئنافية فأيدته فيما قضى به مع استبعادها أحد السببين ، وكان السبب الباقي يستقيم به الحكم ، فان هذا يكفي لصحته^(٣).

٤٢ - اذا أيدت في الاستئناف أوجه دفاع جديدة جوهرية أو دفعو شكلية وجب الرد عليها اذا كانت أسباب الحكم الابتدائي لا تغني عن هذا الرد ، ومن باب أولى اذا كانت أسباب الحكم الابتدائي معيبة :

اذا كان الحكم الابتدائي قد أغفل دفاعا جوهريا . وجاء الحكم الصادر من محكمة الاستئناف مؤيدا له بأسبابه . فان هذا وذاك يكون باطلا^(٤) . واذا تمسك خصم في الاستئناف لأول مرة بعدم اختصاص المحكمة (وهذا جائز اذا كان من النظام العام) . فمن الواجب الرد على هذا الدفع^(٥).

(١) نقض ٢٨ يونيو ١٩٥٦ - القضية رقم ٣٧٩ و ٣٨٢ سنة ٢٢ قضائية - مجموعة أحكام النقص ٧ - ٢ - ٧٦٧ ، ونقض ١٨ يناير ١٩٥١ القضية رقم ١٣٦ سنة ١٩ - المجموعة ٢ - ٢ - ٢٦٤ . ونقض ٣٠ أبريل ١٩٥٣ - رقم ٤٧ سنة ٢١ - المجموعة ٤٠ - ٣ - ٩٥٤

(٢) نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ - القضية رقم ٧٣ سنة ١٨ قضائية ، ونقض ٢٢ ديسمبر ١٩٤٩ - المجموعة ١ - ١٢١

(٣) نقض ١٠ فبراير ١٩٤٤ - مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٢٥٧

(٤) نقض ٢٩ مارس ١٩٥١ القضية رقم ١٦٠ سنة ١٩ قضائية ، و ٣٠ نوفمبر ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٥ - ١٤٧

(٥) جلاسون ٣ رقم ٧٤٥

٤٣ - لا تجوز الاحالة اذا ألغى الحكم المحال عليه :

قضت محكمة النقض بأنه وان كان يجوز تسيب الحكم بتبني أسباب حكم آخر سبق صلوره بين الخصوم وقدم في ملف الدعوى وذلك بالاحالة عليه ، الا أن شرط ذلك أن لا يكون هذا الحكم قد ألغى ، ذلك أن الغاء الحكم بأى طريق من طرق الطعن يجرده من كل أثر قانونى ويصبح شأنه شأن الأوراق العادية التى تقدم فى الدعوى . فكما لا يجوز تسيب الحكم بالاحالة على ما تضمنته ورقة من الأوراق التى يقدمها الخصوم . كذلك لا يجوز تسيب الحكم بالاحالة الى حكم صدر بين الخصوم وقضى بعد ذلك بنقضه^(١) .

وقضت أيضا بأنه يشترط للاحالة أن يكون الحكم المحال عليه قائما ، فاذا كانت محكمة الاستئناف قد أحالت على أسباب حكم صادر من محكمة الدرجة الأولى ، وكانت ذات محكمة الاستئناف قد ألغته من قبل ، فانها تكون قد أحالت على معدوم مما يبطل حكمها^(٢) .

٤٤ - جواز الاحالة على أسباب الحكم المحال عليه فيما لا يتعارض مع الأسباب التى أوردتها محكمة الاستئناف عدم صلاحية أسباب الحكم الابتدائى لبناء الحكم فى الاستئناف عليها اذا كانت محكمة الاستئناف لم تأخذ بها - تأييد محكمة المعارضة لحكمها الغياى :

متى كان الحكم الاستئنافى اذ قضى بتأييد الحكم الابتدائى ، قد أقام قضاؤه على ما أورده من أسباب كما أخذ بأسباب الحكم الابتدائى فيما لا يتعارض مع أسبابه . فان الطعن عليه بالقصور استنادا الى أنه لم يبين ما أقره وما لم يقره من أسباب الحكم الابتدائى ، يكون على غير أساس متى كان يبين من مراجعة أسباب الحكمين ما اختلفت فيه وجهات النظر بينهما . وتعتبر أسباب الحكم الابتدائى فى هذه الحالة مكتملة لأسباب الحكم الاستئنافى فيما لا يتعارض فيه^(٣) .

(١) نقض ٢٤ مارس ١٩٥٥ - القضية رقم ٢٩٥ سنة ٢١ قضائية - المجموعة ٦ - ٢ - ١٥٥

(٢) نقض ٣١ مارس ١٩٥٣ - رقم ١٨٩ سنة ٢١ - المجموعة ٥ - ١ - ٣٦٥

(٣) نقض ٢٩ مارس ١٩٥١ - رقم ١٢٧ سنة ١٩ - المجموعة ٢ - ٢ - ٥١٦ ، ونقض ١٤ يونيه ١٩٥١ - رقم ٦١ سنة ١٩ قضائية - ٢ - ٢ - ١٠٢٠ ، ونقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ - رقم ٢١٠ سنة ٢٠ - المجموعة ٤ - ٢ - ٦٩٨ ، ونقض ٢٥ ابريل ١٩٥١ - القضية رقم ١٧٥ سنة ١٩ - المجموعة ٣ - ١ - ١٤ .

وقضت محكمة النقض بأن اكتفاء محكمة الاستئناف في تسييب حكمها بأسباب جملة مقتضية لا تعين على فهمه وتعجز محكمة النقض عن رقابتها في تطبيق القانون يعيب حكمها ولو كان الحكم المستأنف الذي أيدته وافي الأسباب ما دامت هي لم تأخذ في تأييده بتلك الأسباب^(١).

وكثيرا ما يستشف أخذ المحكمة بأسباب الحكم المطعون فيه من عبارات تأتي في حكمها بصورة ضمنية ، كما اذا قالت ان المستأنف لم يقدم سببا صحيحا يدعو لالغاء الحكم المستأنف، أو أن المحكمة الابتدائية قد أصابت عند رفضها الدعوى^(٢)، انما اذا لم تشر المحكمة صراحة أو ضمنا للحالة، واقتصرت على تدوين منطوق الحكم المطعون فيه في حكمها اعتبر هذا الأخير خاليا من الأسباب^(٣).

واذا أيدت محكمة المعارضة حكمها النهائي فانها تكون قد قصدت تأييده بأسبابه الصادرة منها هي ، والتي تقدم استنادها اليه^(٤). وهذا لا يغيها بطبيعة الحال من الرد على الدفوع الشكلية والموضوعية وأوجه الدفاع الجوهرية والمستندات الجوهرية التي تقدم بها الخصوم في المعارضة^(٥).

٤٥ - يجب لكي تصح الاحالة على أسباب حكم آخر صدر في دعوى أخرى أن يكون هذا الحكم قد سبق صدوره بين نفس الخصوم وأن يكون قد أودع الدعوى وأصبح بذلك ورقة من أوراقها ، يناضل الخصوم في دلالته :

(١) نقض ٢٥ يناير ١٩٢٤ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٣٠٧ ، ونقض فرنسي ١٩ أكتوبر ١٩٢١ دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١٣٦ ، ونقض ٦ أبريل ١٨٩٧ دالوز ٩٧ - ١ - ٣٢٥

(٢) تطبيقات دالوز على المادة ١٤١ رقم ٢٠٨١ - ٢١٠٦

(٣) المرجع المتقدم رقم ٢١٠٧ ، ونقض ١٨ مايو ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض الفرنسي ٥٣ - ٢ - ١٠٠ ، ونقض فرنسي ٢٩ أبريل ١٩٥٤ - مجموعة أحكام النقض الفرنسي ١٩٥٤ ١١١ - ٢

(٤) المرجع المتقدم رقم ٢١٢٤ - ٢١٢٩ ، ومع ذلك قارن رقم ٢١٣٠ و ٢١٣١ وجلاسون ٣ رقم ٧٤٦ والأحكام والمراجع العديدة المشار إليها في الحاشية رقم ٢

(٥) نقض ١٨ ديسمبر ١٨٨٨ سيري ٩٠ - ١ - ٥٣٤

واذن متى كان الحكم قد أحال في الرد على دفاع الطاعن على أسباب حكم آخر لم يكن مقدما في الدعوى ، وكان قد صدر في دعوى أخرى لم يكن الطاعن خصما فيها ، فان الحكم المطعون فيه يكون باطلا لقصوره في التسيب مما يستوجب نقضه^(١).

٤٦ — إذا أيدت محكمة الاستئناف الحكم المطعون فيه بشقيه وجبت الاحالة على أسبابه بالنسبة إلى الشقين معا — وإذا فصلت في طلب موضوعي جديد ، مما يميز المشرع ابداءه لأول مرة في الاستئناف ، وجب عليها تسيب الحكم الصادر فيه^(٢) :

وقضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد قضى في منطوقه بتأييد الحكمين المستأنفين الصادر أحدهما برفض الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة ، وثانيهما في موضوع الدعوى ، ومع ذلك اقتصر في أسبابه على التحدث عن استئناف الحكم الصادر في الموضوع دون الحكم الصادر في الدفع فهذا منه قصور يطله^(٣).

٤٧ — (ثالثا) تكييف الوقائع الصحيحة وارساء القاعدة القانونية مع آثارها عليها — التعريف به — هل يمد جهدا قانونيا أم منطلقا — هل يخضع لرقابة محكمة النقض :

التكييف La qualification هو إعمال القاعدة القانونية وارساؤها على ما ثبت من وقائع الدعوى ، أو هو وصف هذه الوقائع وإبرازها كمناصر أو شروط أو قيود للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها .

(١) نقض ٢٨ مايو ١٩٥٣ - رقم ٢٦٦ سنة ٢٥ - المجموعة ٤ - ٣ - ١٠٨٠

(٢) راتور دالوز للرافعات سنة ١٩٥٦ - تحت عبارة Jugement رقم ٣١٦ وما يليها وأحكام النقض العديدة المشار اليها - وانظر نقض فرنسي ٣ فبراير ١٩٥٣ - مجموعة أحكام النقض الفرنسي ١٩٥٣ . ٣ - ٣٩

ويعتبر تغيير سبب الطلب من قبيل الطلبات الجديدة التي يجوز ابدائها لأول مرة في الاستئناف عملا بالمادة ٤١١/٣ ، ومن ثم تلزم الدرجة الثانية بتسيب القضاء الصادر منها عند تغيير سبب الدعوى أو الإضافة اليه .

(٣) نقض ١٣ مارس ١٩٥٠ - المجموعة ١ - ٤٢٣

والتكليف يقتضى جهداً قانونياً، كما يقتضى جهداً منطقياً في ذات الوقت ، لأنه يتطلب فهم القانون والشروط اللازمة لأعمال نصوصه المختلفة ، كما يتطلب البحث في طبقات وقائع الدعوى الثابتة للتحقق من توافر الشروط أو القيود أو العناصر التي يتطلبها القانون ، مع بذل جهد منطقي في تفهم معاني ألفاظ القانون ، حتى يرد فهم الواقع في الدعوى الى فهم حكم القانون في هذا الواقع .

وثمة نظريات اتجه اليها الشراح ، في فرنسا ، بقصد تحديد كنه التكليف ، وما اذا كان يعد متصلاً بواقع الدعوى الذي لا يخضع لرقابة محكمة النقض أم يعد عملاً قانونياً خاضعاً لشرافها . فمن قائل ان التكليف يعد عملاً قانونياً اذا قصد به رد واقع الدعوى الى تعريف قانوني صريح ، وبعد اجتهدا لا يخضع لرقابة محكمة النقض اذا ارد الواقع الى قاعدة قانونية مجردة من تعريف صريح^(١) . وصادفت هذه النظرية نقداً شديداً لأنها لا تقوم على أساس سليم ، فالقاعدة القانونية قد تعرض من جانب المشرع في ثوب تعريف قانوني صريح ، وقد تعرض في ثوب أمر أو نهي أو إباحة ، ولا يمكن بأي حال وضع قانون في صورة تعاريف ، أي لا يمكن إبراز معاني القانون ومقاصده في هذه الضورة وحدها . ويبدو أن النظرية المتقدمة قد تأثرت بما كان عليه الحال في أول عهد محكمة النقض الفرنسية التي كانت لا تنظر الطعن بالنقض الا اذا كان مبناه مخالفة الحكم المطعون فيه للقانون مخالفة صريحة وفقاً لما نص عليه المشرع . وانما امتدت رقابتها بعدئذ الى الخطأ في تطبيق القانون وتأويله .

وانجهت نظريات أخرى توسع من نطاق رقابة محكمة النقض وتعتبر التكليف عملاً قانونياً اذا رد الواقع الى تعريف نص عليه القانون صراحة أو الى قاعدة قانونية يمكن تعريفها . وتعتبره عملاً منطقياً لا يخضع لرقابة محكمة النقض اذا لم يتمكن القاضي من تعريف القاعدة القانونية تعريفاً نظرياً وانما طبقها بوحى من شعوره الخاص أو بمقتضى قواعد المنطق^(٢) .

(١) تطبيق Barria في ربرتوار دالوز ٧ ص ٣٠٦ رقم ١٢٢٤ . ومقال الأستاذ مرقص فهمي الحاي الهامة ١١ ص ٢١٧ . وحامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ٥١

(٢) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ٥٣ وما يليه . و Cournet ص ٤٥٩ في Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophiques .

والصحيح أن التكيف هو عمل مختلط يتطلب جهداً قانونياً وجهداً منطقياً أو شعورياً - على حد قول الشراح - ذلك لأن القاضي يلزم - في صده - بوصف وقائع الدعوى الثابتة وإرازها بصورة منطقية أو بوحى من شعوره (خاصة بالنسبة إلى المواد الجنائية) كمناصر أو قيود أو شروط للقاعدة القانونية الواجبة التطبيق ، بصرف النظر عما إذا كان القانون قد حدد تعريفاً صريحاً لهذه القاعدة أم لم يحدد لها تعريفاً ، وسواء أحصل التكيف بالفاظ القانون أم بالفاظ أخرى تؤدي إلى ذات معانيه . ويتعين على محكمة النقض أن تبسط رقابتها على هذا العمل القانوني^(١).

٤٨ - القواعد الأساسية في التكيف :

عند تكيف الدعوى يلزم قاضياً بمراعاة مبادئ عامة هي الآتية :

٤٩ - (أولاً) : يجب تكيف الدعوى وفق الوصف المقرر لها في القانون ولا يعتد بتكيف الخصوم لها إذا كان خاطئاً لا يتماشى مع القانون^(٢) :

القاعدة أن قاضي الدعوى لا يتقيد برأى خصومها في التكيف متى كان خاطئاً عن جهل أو عن عمد . لأنه هو وحده الملزم بأعمال القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً في حدود الوقائع الثابتة . وفي حدود مطلوب الخصوم وسبب الدعوى .

وكثيراً ما يعمد الخصوم إلى إخفاء أغراض غير مشروعة - كريباً فاحش يستر في صورة إيجار أو بيع . وكثيراً ما بعد الموت في صورة بيع .

واذن قاضي الدعوى يكيف عقود الخصوم ويصفها الوصف الصحيح طبقاً لأحكام القانون ولو خالف في ذلك تكيف الخصوم ، وحسبه أن يتبين نية المتعاقدين من واقع نصوص العقود والأوراق والمستندات المقدمة إليه ،

(١) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ٥٧ وما يليه ورقم ٦٠

(٢) ومن باب أول لا يتقيد المحكمة بالإعتبارات والأدلة والحجج التي يذكرها خصم الدعوى في تأييدها أو في رفضها (مشتاف مختلط ١٢ مارس ١٩٣٦ مجلة التشريع والقضاء ٤٨ ص ١٩٠) . وإن كانت تتقيد بطبيعة الحال بالسبب القانوني الذي تبني عليه الدعوى لأنه من عناصر الطلب الذي يتقدم به الخصم ، والقاعدة أن المحكمة لا تحكم إلا في حدود الطلب الذي يلى به الخصم أمامها .

ويخضع تكييفه لرقابة محكمة النقض . فله أن يصف العقد بأنه وكالة أو حوالة^(١) ، وبأنه هبة أو وصية مستترة^(٢) ، وبأنه رهن حيازة أو بيع وفاء .

٥٠ - (ثانيا) يجب تكييف الدعوى في حدود طلبات الخصوم ودفعهم ، فلا تطبق الا القاعدة القانونية اللازمة للحكم فيها - والمبرة بحقيقة المقصود من طلباتهم لا بالألفاظ التي صيغت بها هذه الطلبات :

اذا كان قاضي الدعوى لا يخضع في تكييفها لمشيئة المتقاضين وانما يأخذ التكييف عن القانون أخذا صحيحا ، فانه مع ذلك يلتزم حدود الوقائع الثابتة وحدود مطلوب الخصوم ، ولا يطبق الا القاعدة القانونية اللازم اعمالها للفصل في طلباتهم ودفعهم ، لانه لا يلزم الا بالفصل في هذه الطلبات والدفع وفي حدودها ، بمعنى أنه لا يملك الفصل في غير ما طلبه الخصوم أو بأكثر منه ، كما لا يجوز له اغفال الفصل في طلب موضوعي أو في دفع من أى نوع كان^(٣).

ومن ثم اذا رفعت الدعوى بقصد الزام الخصم بتقديم حساب فلا يجوز للمحكمة أن تعرض لتكييف العلاقة القانونية القائمة بين الخصوم الا اذا نازع الخصم في التزامه بتقديم هذا الحساب . واذا رفعت دعوى من دعاوى الحيازة فلا تملك المحكمة تكييف وقائع الدعوى وعقود الخصوم لتقرر ملكية أحدهم للعقار موضوع الحيازة . واذا نظرت المحكمة قضية ما فلا تملك بعد الفصل فيها تكييفها باعتبارها دعوى كيدية لتحكم من تلقاء نفسها بالتعويض للمدعى عليه فيها .

(١) نقض فرنسي ٢٣ فبراير ١٨٦٩ (دالوز ١٨٦٩ - ١ - ١٩٦) واشتات غنطل - ٧ ديسمبر ١٩٣٢ المجلة ٤٥ ص ٥٩

(٢) نقض فرنسي ٦ مايو ١٨٩١ (دالوز ١٨٩١ - ١ - ١٧٧)

(٣) راجع ما قلناه في الفقرة رقم ٣١ - وأنظر المادة ٣٦٨

والقاعدة الأساسية في التشريع أن العبرة في تكييف الدعوى بحقيقة المقصود من الطلبات المقدمة فيها لا بالألفاظ التي صيغت فيها هذه الطلبات؛ لذلك يجوز أن تعتبر الدعوى من دعاوى استرداد الحيازة ولو كان المطلوب لفظاً هو منع التعرض ، والعكس صحيح ، وإنما لا يجوز للمحكمة أن تعتبر الدعوى التي رفعت بطلب الملكية من دعاوى الحيازة (١) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تريب على المحكمة أثناء نظر دعوى منع التعرض أن تعتبرها دعوى استرداد حيازة وتحكم فيها على هذا الأساس متى تبينت توافر شروطها ، ذلك أنه لا تنافر ولا تعارض بين الدعويين لأن أساسها واحد هو الحيازة المادية بشروطها القانونية والغرض منهما واحد هو حماية تلك الحيازة من الاعتداء عليها (٢) .

وقضى بأن المحكمة المدنية مقيدة بطلبات المدعى وهي لا تملك تغيير سبب الدعوى ولكن لما أن تكييف المنازعة على حسب الغرض المقصود منها ، وأن تضي عليها الوصف المقرر لها في القانون (٣) .

والقاعدة بالنسبة لاختصاص القاضي المستعجل : أنه لا يحول دون هذا الاختصاص أن يكون المستشكل قد أبدى طلبات متعلقة باصل الحق . فللقاضي المستعجل بما له من سلطة تحويل طلبات الخصوم أن يأمر بالاجراء الوقتي الذي يتفق وطبيعة الاشكال (٤) .

٥١ - (ثالثاً) : تعتبر القواعد القانونية الصرفة قائمة في الدعوى — ومن عناصرها — تطبيقها المحكمة من تلقاء نفسها وبغير حاجة الى التمسك بها من جانب صاحب المصلحة :

(١) نقض ٦ يناير ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ ص ٣٣٨

(٢) نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ - المحاماة ٣٦ ص ٥٣

(٣) القاهرة الابتدائية ٢٣ أكتوبر ١٩٥٤ - المحاماة ٣٦ ص ٩٠٧

(٤) نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ ص ١٢٧٩ - أنظر كتاب اجراءات التنفيذ رقم ١٥٣ وما يليه .

مق أدلى الخصوم بطلباتهم ودفعوهم وأسانيد هذه وتلك ^(١) ، ومتى تقدم كل خصم بما لديه من أدلة وأوجه دفاع ، ومتى استخلصت المحكمة الصحيح من وقائع الدعوى ، وجب عليها أن تأخذ عن القانون القاعدة الواجبة التطبيق أخذاً صحيحاً ، ولو لم يشر الطالب الى نص القانون الواجب التطبيق - وهو لا يلزم بهذا ^(٢) لأن وظيفة المحكمة أن تعمل حكم القانون ، ولأن هذا يستشف ضمناً من سائر طلبات الخصوم ودفعوهم .

ومن ثم إذا طالب الموكل وكيله بفوائد المبالغ التي قبضها باسمه والتي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها ، وقضت له المحكمة بالفوائد من يوم المطالبة القضائية مهذرة نص المادة ٧٠٦/٢ من القانون المدني فإنها تكون قد خالفت القانون . وإذا طالب الوكيل موكله بفوائد ما دفعه عنه بسبب وكالته من يوم دفعه ، وقضت له المحكمة بالفوائد من يوم المطالبة القضائية مهذرة نص المادة ٧١٠ من القانون المدني فإنها تكون أيضاً قد خالفت القانون . ويملك الخصم صاحب المصلحة في الأحوال المتقدمة الطعن في الحكم بالنقض ولو لم يستند أمام محكمة الموضوع الى نص من نصوص المواد المتقدمة من القانون المدني ، ودون أن يعد هذا منه سبباً جديداً للطعن بالنقض لأن الأسباب القانونية الصرفة Moyens de pur droit تعد قائمة أمام المحكمة من تلقاء نفسها ^(٣) .

ولذات الاعتبارات المتقدمة يجوز التمسك ببطالان الحكم أمام محكمة النقض - في الأحوال الجائرة قانوناً - ولو لم يتعرض الخصوم لهذا البطالان قبل قفل باب المرافعة في الدعوى - وهذا لا يتصور عقلاً بطبيعة الحال - وذلك تأسيساً على أن المحكمة تلزم عند اصدار الحكم بأعمال القانون من تلقاء نفسها .

(١) أي أساساً القانوني - أي منشأ التزام المدعى عليه .

(٢) يمكن أن يذكر المدعى في صحيفة دعواه منشأ التزام خصمه - أي سنده القانوني - حتى يستند هذا الأخير لدفع مطلوب خصمه أمام المحكمة والرد عليه) . ولا يلزم ذكر مواد القانون التي يستند اليها إذا كان سند طلبه هو نص في القانون (نقض ٢٧ أبريل ١٩٣١ دالوز ١٩٣١ ص ٣٤٨ ونقض فرنسي (دائرة المرافض) ٢٢ أكتوبر ١٩٣٤ - دالوز ١٩٣٤ ص ٥٢٣) - كتاب نظرية الدفوع رقم ٩٢ - وانظر في المراجع المتقدم أثر تخلف البيانات المتقدمة في صحة صحيفة الدعوى .

(٣) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ١٢٩ وما يليه .

ولذات الاعتبار المتقدمة يجوز للطاعن بالنقض أن يطعن على قضاء المحكمة في مسألة قانونية تكون قد تعرضت لها من تلقاء نفسها وأسست الحكم عليها ، ولا يعد هذا منه سببا جديدا للطعن^(١).

٥٢ - استثناء - لا تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بأعمال الجزاء المترتب على مخالفة القواعد الاجرائية الا اذا نص القانون على ما يخالف ذلك :

درسنا هذا الموضوع على وجه التفصيل في كتاب نظرية الدفوع - الطبعة الثانية^(٢) - ونضيف أن على المحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بانتفاء صفة الخصم المتمسك بالجزاء اذا لم تكن هذه الصفة مقررة له في التشريع ، تأسيسا على أن الفقه والقضاء يوجبان على المحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى أو الدفع لانتهاء صفة مقدمه^(٣) ، وعلى أن الاجراء يعد صحيحا الى أن يحكم بطلانه ولا يحكم بهذا البطلان الا بناء على تمسك من ذات الخصم المقرر أجزاء لمصلحته .

ومنى تمسك الخصم - صاحب الصفة - بجزاء معين وجب على المحكمة أن تعمل حكم القانون في هذا الصدد . فثلا اذا تمسك المدعى عليه باسقاط الخصومة لعدم السر فيها مدة سنة بفعل المدعى أو امتناعه (عملا بالمادة ٣٠١ وما يليها) . وجب على المحكمة أن تتحقق من أن هناك خصومة وأنها قائمة ، وأنها قد وقفت مدة سنة ميلادية على الأقل . وأن الوقف بفعل المدعى أو امتناعه . وأنه لم يتخذ فيها أى اجراء قاطع لهذه المدة .

٥٣ - أمثلة فيما تقدم : مخالفة نص صريح دون ذكر السبب - عدم بيان الأساس لما قضى به :

قضت محكمة النقض بأن عدم بيان الحكم علة عدم التزام الخصم بفوائد متأخر الثمن (أو فوائد مقابل ما باشره الوكيل لصالح موكله من أعمال) - في حين أن القانون الملدى يوجب هذا - هو قصور يستوجب نقضه^(٤).

(١) المرجع السابق وسائر المراجع والأحكام المشار اليها فيه .

(٢) نظرية الدفوع الطبعة الثانية - رقم ١٠ م (١٠) وما يليه .

(٣) المرافعات رقم ١٨٨ ونظرية الدفوع رقم ٣٥٤ - والطبعة الثانية رقم ١٠ م (٦) .

(٤) نقض ٣٥ مايو ١٩٥٠ المبيعة ١٠ - ٥٣٤ ، ونقض ١٦ يونيو ١٩٥٥ - المبيعة ٦ - ٣ - ١٢٦٦ على التوالي .

وقضت ببطلاق الحكم الذي أغفل بيان مصدر الزام الخصم بما ألزمه به لانعدام أساسه القانوني^(١).

وقضت بأن عدم اعتداد الحكم بقرينة قانونية على ملكية الحائز وعلى وجود السبب الصحيح وحسن النية حتى يثبت العكس هو خطأ في القانون^(٢).

٥٤ - (رابعا) العبرة بصور الحكم موافقا للقانون ولو لم تذكر فيه القاعدة القانونية التي بنى عليها :

قضت محكمة النقض بأنه لا يلزم لسلامة الحكم أن تذكر المحكمة فيه القاعدة القانونية التي بنته عليها ، اذ العبرة في صحته هي بصوره موافقا للقانون . فاذا كانت المحكمة قد بنت حكمها برد مبلغ الدوطة على أن الدوطة التي تدفعها الزوجة للزوج ليستغلها في شؤون الزوجية ما دامت قائمة فاذا انقضت أصبحت واجبة الرد . فان حكمها يكون سليما قانونا اذ أن مبلغ الدوطة يكون في هذه الحالة مسلما على سبيل أنه عارية استعمال واجبة الرد عند حلول الظرف المتفق عليه عملا بنص القانون المدني^(٣).

واذا قضت المحكمة باسقاط الخصومة وبنت حكمها على أن هذه الخصومة قد وقف السر فيها سنفن باعمال المدعي فان هذا الحكم يكون صحيحا سليما دون حاجة الى ذكر القاعدة القانونية التي تقرر اسقاط الخصومة اذ وقف السر فيها مدة سنة ودون حاجة الى ذكر شروط اعمال القاعدة متى كانت قد احترمت تلك الشروط .

٥٥ - (خامسا) لا يعيب الحكم اغفاله ذكر مواد القانون التي طبقها على وقائع الدعوى متى كانت النصوص الواجب اعمالها مفهومة من الوقائع التي أوردتها^(٤) :

(١) نقض ٣ أبريل ١٩٥٢ المجموعة ٣ - ٣ - ٨٦٢ .

(٢) نقض ٤ فبراير ١٩٥٤ المجموعة ٥ - ٢ - ٤٨٢ - وانظر أيضا نقض ١٠ يناير ١٩٥٢ المجموعة ٣ - ٢ - ٣٧٣ .

(٣) نقض ٢٧ مايو ١٩٤٣ - مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ١٧٠ .

(٤) نقض ٧ أبريل ١٩٥٥ - رقم ٧٣ سنة ٢٢ - المجموعة ٦ - ٣ - ٩٣١ . ونقض ٢٤ مايو ١٩٥١ - رقم ١٤٣ سنة ١٩ - المجموعة ٢ - ٣ - ٨٥٧ . ونقض ٢٤ مايو ١٩٥١ رقم ١٦٩ سنة ١٦ - المجموعة ٢ - ٣ - ٨٦٣ .

كما لا يعيب الحكم خطؤه في ذكر رقم النص القانوني الواجب التطبيق متى كان المفهوم من وقائع الدعوى أن النص المقصود أعماله هو النص الصحيح^(١).

٥٦ - (سادسا) العبرة في التكييف بتوخى معانى القانون لربط معانى فهم الواقع بها، ولا يعتد بذات ألفاظ القانون وعباراته :

القاعدة الأساسية في التشريع أن القاضى لا يلزم عند تكييفه لوقائع الدعوى باستعمال ذات الألفاظ والعبارات التى أوردها القانون للتعريف بالقاعدة القانونية أو لتحديد شروطها أو أركانها أو عناصرها أو معانيها ، وبحسبه أن يجرى التكييف على هدى معانى القانون التى قصدها بالفعل . وبعبارة أخرى . العبرة أن يأتى تكييف الوقائع على معانى القانون .

ومحكمة النقض لا ترى - فى الواقع - الا الى اعمال القانون اعمالا صحيحا دون التقييد بلفظ أو اصطلاح معين .

وحتى بالنسبة الى المصطلحات الدقيقة المتعلقة بقانون المرافعات ، لا محل لتجريح الحكم اذا استعمل تعبيرا لغويا دارجا بدلا من التعبير الخاص المقرر فى هذا القانون . فاذا حكم القانون بطلان المرافعة أو الخصومة وكان يقصد فى الواقع تعبير « سقوط الخصومة » المقرر فى المادة ٣٠١ وما يليها . فلا يترتب ثمة بطلان ما دام قد أسقطها بالفعل عملا بنصوص هذه المواد وما دام قد بنى حكمه على الأسباب الصحيحة التى تبرره . وكثيرا ما يستعمل تعبير «الدعوى» للدلالة على الخصومة : وقد أصبح هذا خطأ شائعا مقبولا من جانب الفقه أو القضاء^(٢).

٥٧ - (سابعا) اتساق منطوق الحكم مع أسبابه - اقامته على أساسين متناقضين أو أسباب متناقضة أو أسباب تتعارض معه :

حتى يعد منطوق الحكم مبنيا على أسبابه يجب توافر رباط منطوق وثيق بين هذه وذلك . ومن ثم يعيب الحكم تناقض منطوقه مع أسبابه : أو تناقض أسبابه بحيث يصبح خاليا من الأسباب التى تبرره .

(١) نقض ١٣ نوفمبر ١٩٥٢ - مجموعة أحكام النقض ٤ - ١ - ٨٨ .

(٢) كتاب المرافعات رقم ٨٣ .

أما تناقض أجزاء المنطوق مع بعضها فهو - في ذاته - سبب من أسباب التماس إعادة النظر إذا جعل تنفيذه مستحيلا (م ١٧/٤) ، كما إذا قضت المحكمة برفض دعوى الاستحقاق الأصلية وقضت في ذات الحكم على ضامن المدعى عليه بالتعويض ، أو وقضت بوقوع المقاصة بين دين المدعى ودين المدعى عليه وقضت في ذات الحكم بالزام المدعى عليه بدينه^(١) ، أو وقضت لمالك أطيان بالتعويض مقابل أجرة ربا في مدة معينة وقضت له في ذات الحكم بتعويض مقابل عدم الانتفاع بذات الأطيان وعن نفس المدة لعدم زراعتها بسبب حرمانها من الري^(٢).

والجدير بالذكر أن الغالب الشائع من الأحوال التي يكون فيها منطوق الحكم متناقضا مع بعضه تكون أسبابه هي الأخرى متناقضة ، وكثيرا ما يعد لذلك خاليا من الأسباب التي تبرره ، لأن منطوق الحكم هو في الواقع نتيجة أسبابه ، وهي مقدماته ومبرراته .

ومن ثم إذا تناقضت أسباب الحكم مع منطوقه بحيث يعد مجردا من الأسباب فانه يكون باطلا^(٣) ، وكما إذا قضت المحكمة على المدعى عليه بالتعويض عن حادث ضار . وجاء في أسباب حكمها أن المدعى هو وحده المسئول عما أصابه من ضرر . فان الأسباب لا تؤدي الى النتيجة التي انتهى اليها الحكم^(٤) .

ويجب الحكم إقامته على أساسين متعارضين من القانون . كما إذا ثبت من أسبابه مسئولية الحصين معا وخطئهما معا وصدر المنطوق ملزما أحدهما بتعويض ما دون أن يبين أساسا لذلك . فتكون الأسباب منهارة والمنطوق مجردا من الأسباب^(٥).

(١) جارسوني ٩ رقم ٤٧٥ وجلاسون ٣ ص ٤٢٩

(٢) وهذا التعويض الأخير يعد تعويضا كاملا على الحرمان من الانتفاع بزراعة الأطيان . فالجمع بين التعويضين غير جائز (نقض ٢٤ يناير ١٩٥٢ المجموعة ٣ - ٢ - ٤١٠) - ويلاحظ أن تناقض المنطوق في الحكم المتقدم ليس من شأنه أن يجعل تنفيذه مستحيلا . وإنما يجعله مشوبا بخلط في تطبيق القانون .

(٣) نقض ٢٢ مارس ١٩٥٦ - المجموعة ٧ - ١ - ٣٥١ . ونقض ٢١ يناير ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية : ص ٣٩

(٤) نقض ٨ أغسطس ١٨٩٣ (دالوز ١٨٩٤ - ١ - ٢١٤)

(٥) نقض ٣١ يناير ١٩٤٦ - مجموعة القواعد القانونية : ص ٧٢

وقضت محكمة النقض بأن قيام التناقض بين أسباب الحكم التمهيدى وأسباب الحكم الفاصل فى الموضوع لا يعيب هذا الحكم بما يوجب نقضه ما دام الحكم التمهيدى قد اقتصر على إحالة الدعوى على التحقيق ولم يفصل فصلا قاطعا فى أية نقطة من نقط النزاع^(١).

وقضت بأنه اذا رفع أحد المتعاقدين على الآخر دعوى تعويض عن التصغير فى الوفاء بالتزامه ، وكان الثابت أن المدعى عليه لم يَفِ بهذا الالتزام ، ومع ذلك قضت المحكمة برفض الدعوى استنادا الى أنه لم يكن مقصرا وأن العقد الذى ترتب عليه تعاقد مع المدعى قد فسخ فأنفسخ العقد الذى ترتب عليه الالتزام ، دون أن تبين فى أسباب حكمها أن هذا الفسخ كان لحادث قهرى لا دخل لارادة المتعاقدين فيه جعل وفاء بالالتزام مستحيلا ، فان ذلك يكون ابهاما فى الحكم من شأنه أن يعجز محكمة النقض عن مراقبة تطبيق القانون على وجهه الصحيح^(٢).

وقضت بأنه اذا كانت المحكمة قد قضت برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تأسيسا على أن سبب الدعوى الحالية هو وضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية ، وسبب الدعوى السابقة هو عقد بيع ، ثم أحالت الدعوى الى التحقيق لاثبات واقعة وضع اليد على العين المتنازع عليها ونفيها ، وبعد أن سمعت أقوال الشهود اثباتا ونفيا قضت برفض الدعوى بناء على الحكم السابق صدوره فى الدعوى السابقة ، ولم تشر فى حكمها الى التحقيق الذى باشرته ، فانها بذلك تكون ناقضت الحكم الصادر برفض الدفع ، وشاب حكمها القصور لاغفالها الأساس الذى قامت عليه الدعوى الحالية وهو التقادم المكسب ، وسكوتهما عن التحدث عن نتيجة التحقيق الذى أمرت به لاثبات وضع يد المدعى على العين المتنازع عليها^(٣).

(١) نقض ٥ يناير ١٩٥٠ - المجموعة ١ - ١٦٢ ، ونقض ٢٩ أكتوبر ١٩٤٢ - مجموعة القواعد القانونية ٣ ص ٤٨٧ ونقض ٣٠ مايو ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٩٥٤

(٢) نقض ١٦ مارس ١٩٤٤ - مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٢٩٣

(٣) نقض ١٨ مايو ١٩٥٠ - المجموعة ١ - ٥٠٤ . وأنظر أيضا نقض ٢٤ يناير ١٩٥٢ - المجموعة ٣ - ٢ - ٤١٠

وقضت بأنه متى كان الحكم اذ قضى بالزام الطاعن الأول بما يستحقه المطعون عليه قبله في صافي الإراد في مدة الحراسة احتسب ذلك على أساس ما قدره الخبير بجملة إرادات التركة بما فيها العقار الذي يشغله المطعون عليه باعتبار أنه مستغل استغلالا كاملا ومع ذلك فإن الحكم عند ما قضى للطاعن الثاني على المطعون عليه ببيع هذا العقار لم يلزمه إلا بثلث الربيع الذي قدره الخبير استنادا إلى أنه يشغل الاجزاء منه وأن الجزء الآخر غير مستعمل ومشغول بأربة كثيرة ، وذلك دون أن يبرر اختلاف التقدير في كلتا الحالتين فإن هذا الحكم يكون قد شابه بطلان يستوجب نقضه^(١).

وقضت بأنه اذا ذكرت المحكمة في أسباب حكمها عن طريق فاصل بين عقارين أنه مملوك لأحد الخصوم ثم ذكرت في موضع آخر من الأسباب أنه من الأموال العامة : فإن هذه الأسباب تكون متناقضة بما يترتب عليه اعتبار الحكم باطلا لخلوه من الأسباب التي تبرره^(٢).

وقضت بأنه اذا كان الحكم الابتدائي اذ قضى بتثبيت ملكية الطاعن للأطيان موضوع النزاع قد اتخذ من شهادة الشهود دعامة لقضائه : وكان الثابت من الصورة الرسمية لمخضر التحقيق أن هؤلاء الشهود قد ذكروا أن الطاعن كان يضع اليد على الأطيان أكثر من خمس عشرة سنة بصفته مالكا ظاهرا بنفسه بل ان بعضهم حدد سبب وضع يده وهو الشراء . وكان الحكم الاستثنائي اذ قضى بالغاء الحكم الابتدائي قد أقام قضاءه على سببين : أولهما أن شهادة الشهود من جهة تتعارض مع قول للطاعن في دعوى سابقة خاصة بجزء من هذه الأطيان . وثانيهما أن أحدا من الشهود لم يذكر من جهة أخرى أن الطاعن كان يضع اليد بنفسه وبصفته مالكا في المدة التي حددوها ، فإن مسخ الحكم الاستثنائي لشهادة الشهود على هذا النحو ومناقضته ما حكاه

(١) نقض ٦ مارس ١٩٥٢ - المجموعة ٣ - ٢ - ٥٩١ .

وانظر في اتساق منطوق الحكم مع أسبابه نقض ٧ يونيو ١٩٥٦ - المجموعة ٧ - ٢ - ٧٠١ .

ونقض ٢٥ نوفمبر ١٩٥٤ - المجموعة ٦ - ١ - ١٧٤ .

(٢) نقض ١٧ أبريل ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٢٥٥

عن شهادتهم للواقع في الدعوى مما يعيبه ويستوجب نقضه . ولا محل للقول بأن ما تناوله المسخ كان تزيدا مادام اهدار الحكم شهادة الشهود كان نتيجة للسين مجتمعين ، أما مبلغ تأثر المحكمة بإيهما منفردا فلا سبيل لاستنباطه^(١).

٥٨ — اذا بنى الحكم على دعامتين مستقلتين احدهما عن الأخرى ، وكان يصح بناء الحكم على احدهما فقط ، فإن النعى عليه في الدعامة الأخرى يكون غير منتج في جميع الأحوال^(٢).

٥٩ — الأسباب الزائدة التي لا حاجة بالحكم إليها لا تؤثر في صحته ولو كانت خاطئة ، وسواء أكانت متعلقة بتقدير بعض الوقائع أم بتكييف عقد أم بتطبيق القانون أو تفسيره :

إذا استقام منطوق الحكم مع أسبابه فإنه لا يعيبه أن ترد فيه أسباب زائدة لا حاجة به إليها . فإذا انصب النعى عليها كان غير منتج^(٣) ، وذلك لأن القاعدة أن الطعن في الحكم بمخالفة القانون أو بالخطأ في تطبيقه أو تأويله لا يجدى الا اذا كان الحكم ذاته قد بنى على هذا الخطأ أو تلك المخالفة ، والا فالحكم يكون صحيحا . بصرف النظر عما يحتويه من الأسباب القانونية ، ولهذا جرى التعبير بأن المقصود بالخطأ هو ذلك الذى يشوب منطوق الحكم دون أسبابه . واذن ذكر اعتبار خاطئ في أسباب الحكم لا يفسده اذا لم يؤثر فيه ، وذكر تفسير خاطئ للقانون أو تأويل أو مخالفة له لا يستوجب نقض الحكم أو بطلانه متى كان المذكور قد ورد في أسبابه ، وكانت هناك أسباب

(١) نقض ٣٠ نوفمبر ١٩٥٠ المجموعة ١ - ٢ - ١١٤

(٢) نقض ٢٨ يناير ١٩٥٤ - المجموعة ٥ - ٢ - ٤٦٧ ، ونقض ١١ فبراير ١٩٥٤ - المجموعة ٥ - ٢ - ٥٠٧ ، ونقض ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢ - مجموعة أحكام النقض ٤ - ١ - ١٣٤ ، ونقض ٩ أبريل ١٩٥٣ - المجموعة ٤ - ٣ - ٨٦٩

(٣) نقض ٣١ مايو ١٩٥٦ المجموعة ٧ - ٢ - ٦٣١ ، ونقض ٧ أبريل ١٩٥٥ - المجموعة

أخرى صحيحة تستقيم معه ، وتناقض أسباب الحكم ، لا يبطئه اذا بُني على أسباب صحيحة كافية^(١) (٢).

وعلى العكس ، اذا وردت في أسباب الحكم تقديرات لمبادئ قانونية سليمة صحيحة فانها لا تؤثر في تصحيح المنطوق اذا كان قد صدر مخالفا للقانون ولم ين على تلك التقديرات الصحيحة .

وقد قضت محكمة النقض اعمالا للمبادئ المتقدمة بأنه اذا كان الحكم قد قضى للطاعن بالتعويض على أساس أن اخلال الشركة المطعون عليها بالتراميات قد ضيع عليه فرصة كان يترقبها من وراء اظهاره في الافلام المتعاقدة عليها ، وهي ذبوع شهرته كممثل سينمائي فانه يكون من غير المنتج النعي على هذا الحكم بأنه وصف هذا الضرر بأنه ضرر أدبي فحسب في حين أن الطاعن يرى أن الوصف الحقيقي المنطبق عليه أنه ضرر مادي متى كان لم يقدم الى محكمة الموضوع ما يدل على أن ضررا آخر محققا قد حاق به خلاف الضرر الذي قضى له بالتعويض من أجله^(٣) .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد كيف دعوى منع التعرض بأنها دعوى استرداد حيازة . وهي لا يشترط فيها توافر الحيازة لمدة سنة فانه لا يبيعه ما تزيد به بعد ذلك في بحث الدعوى على اعتبارها منع تعرض مهما جاء فيه من خطأ^(٤) .

(١) جلاسون ٣ رقم ٧٤٥ وفای رقم ٩٩ و ١١٣ ، ونقض فرنسی ٣ فبراير ١٨٦٤ سیری ٦٤ - ١ - ١٠ و ٩٠ فبراير ١٩١٠ سیری ١٣ - ١ - ١٥٠ و ٢١ أبريل ١٩١٣ ، سیری ١٩١٤ - ١ - ٥ و ٢ نوفمبر ١٩١٣ ، سیری ١٩١٥ - ١ - ٧٨ و ٨ نوفمبر ١٩٢٢ ، سیری ٢٤ - ١ - ٣١٣ ، ونقض ٢٨ يولي ١٩٢٥ ، سیری ١٩٢٥ - ١ - ٣٠٥ و ٢٤ يناير ١٩٢٨ جازيت باليه ٢٨ - ١ - ٥٤٤ .

(٢) ولحكمه النقض أن تستكمل الأسباب القانونية اللازمة في الأحوال المتقدمة ، وتستترك ما وجدته في بعض الأسباب من الأخطاء القانونية - جلاسون المرجع السابق ، ونقض ٢٤ يناير ١٩٢٨ جازيت باليه ١٩٢٨ - ١ - ١٥٤٤ والأحكام المديدة المشار اليها في المرجع السابق .

(٣) نقض ١٠ ديسمبر ١٩٥٣ المجموعة ١ - ٥ - ٢٤١ وأنظر ١٣ نوفمبر ١٩٥٢ . المجموعة ١ - ٤ - ٨٨ ، ونقض أول مايو ١٩٥٢ - المجموعة ٣ - ٣ - ٩٩٢ نقض ٢١ يولي ١٩٥٦ المجموعة ٧ - ٢ - ٧٤٢ ، ونقض ٤ مارس ١٩٥٤ المجموعة ٥ - ٢ - ٥٧٢ ، ونقض ٨ يناير ١٩٥٣ المجموعة ٤ - ٢ - ٣٤٤

(٤) نقض ١٦ ديسمبر ١٩٥٤ المجموعة ٦ - ١ - ٢٠٨١

وقضت بأنه اذا كان الحكم المطعون فيه قد أغفل الرد على دفع الطاعة بعدم قبول استئناف المطعون عليهما لسابقة الفصل فيه بالحكم الصادر في استئناف الباتعة وبني قضاؤه على أسباب أخرى لا تتصل بهذا الدفع ، فان هذا الخطأ يكون غير منتج ولا يؤثر في سلامة النتيجة التي انتهى اليها من رفض الدفع وقبول الاستئناف بعد أن تبين مما تقدم أن الحكم السابق لم يخز قوة الأمر المقضى في خصوص طلب قبول المطعون عليهما خصمين ثالثين في الدعوى^(١).

وقضت بأن خطأ الحكم في الاسناد لا يبطله اذا كان هذا الخطأ قد ورد استطرادا زائدا بعد استيفاء دليل الحكم ، ولا أثر له في النتيجة التي انتهى اليها^(٢).

وقضت بأن خطأ الحكم في تطبيق القانون لا يبطله اذا كان هذا الخطأ لم يؤثر في سلامة منطوقه . واذن فاذا كان الحكم اذ قضى بأن التقادم لا يبدأ الا من الوقت الذي تخرج فيه العين من حيازة الرهن بحجة أنها ما دامت في حيازته فان يده عليها هي الدليل الحسى الملموس على بقاء الرهن واستمراره وأنه لا تقادم ولا سقوط مهما طال أمد الرهن وكان هذا خطأ في القانون ، الا أن هذا الخطأ لا يبطله اذا كان الحساب بين الطاعن والمطعون عليهما لم يصف بعد ، وكان عقد الرهن كذلك لم ينقضى ، وكان حق المطعون عليهما بالتالى في طلب الحساب واسترداد العين المرهونة لم يزل باقيا لم يلحقه تقادم^(٣).

وقضت بأنه لا يبطل الحكم اذا وقع في أسبابه خطأ في القانون ما دام هذا الخطأ لم يؤثر في النتيجة التي انتهى اليها . واذن فخطأ الحكم فيما قرره من أنه ينبغي على تقصير المشتري ، الطاعن - في تنفيذ التزاماته بالنسبة الى أحد القطعتين المبيعتين بطلان عقد البيع برمته مع أن هذا التقصير لا يعد سببا

(١) نقض ١٦ أكتوبر ١٩٥٢ المجموعة ١-١-١١

(٢) نقض ٢٦ أكتوبر ١٩٥٠ المجموعة ١-١-٩

(٣) نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٥٠ المجموعة ١-١-٩٣

لا اعتبار العقد باطلا ، هذا الخطأ لا يطل الحكم متى كان قد أقيم في أساسه على ما حصلته المحكمة من أن التزامات المشتري بالنسبة الى القطعتين واحدة لا تقبل التجزئة ، وأنه قصر في الوفاء بها ، وأن البائع - المطعون عليه - تمسك قبله بالدفع بعدم التنفيذ فلا يكون محقا في دعواه^(١).

وقضت بأنه متى كان الحكم مقاما على أدلة تسنده فلا يؤثر في سلامته ما يكون قد وقع به من خطأ في الاستناد أو اغفال لبحث بعض الأوراق فيما ورد فيه زيادا^(٢).

وقضت بأنه لا يعيب الحكم أن يكون قد اعتر الاتفاق وكالة بالعمولة في حين أنه عقد من نوع خاص متى كان قد انتهى الى نتيجة سليمة^(٣).

٦٠ - وجوب تسيب كل حكم يصدر بصورة صريحة أو ضمنية في طلب أصلي أو احتياطي أو عارض ، أو في دفع موضوعي أو شكلي أو في دفع من الدفع بعدم القبول أو في دفع ردا على دفع آخر ، متى قدم الطلب أو الدفع الى المحكمة تقدما صحيحا وصريحا :

القاعدة هي وجوب تسيب كل حكم يصدر في طلب أصلي أو احتياطي أو في طلب عارض من المدعى أو المدعى عليه أو من الغير (التدخل في الخصومة) أو من أحد الخصوم في مواجهة الغير (اختصاص الغير) . كما يلزم تسيب كل حكم يصدر في دفع سواء أكان هذا الدفع شكليا أو موضوعيا أو من الدفع بعدم قبول الدعوى أو كان دفعا للدفع (كالدفع بعدم قبول دفع شكلي للتمسك به بعد الميعاد - وهو من الدفع بعدم القبول التي تبدي في أية حالة تكون عليها الاجراءات عملا بالمادة ١٤٢) . ويعمل بالقاعدة المتقدمة سواء أصدر الحكم في الطلب أو الدفع بصورة صريحة أم ضمنية . ويشترط لاعملا أن يدل

(١) نقض ٢٢ مارس ١٩٥١ المجموعة ٢ - ٢ - ٤٤٤ .

وانظر أيضا نقض ٥ ابريل ١٩٥٤ - المجموعة ٢ - ٣ - ٦٩٣ .

(٢) نقض ٢٤ نوفمبر ١٩٤٩ - المجموعة ١ - ٣٩ .

ونقض ٣٠ مارس ١٩٥٠ - المجموعة ١ - ٣٩١ .

(٣) نقض ٢١ مايو ١٩٥٣ - المجموعة ٤ - ٣ - ١٠٦١ .

الخصم بالطلب^(٢١) أو الدفع بصورة واضحة صريحة مفهومة^(٢٢) وألا يتنازل صراحة أو ضمناً عن التمسك به^(٢٣) ، وأن يكون التقدم به صحيحاً الى المحكمة . ويلاحظ أنه اذا رأت المحكمة بطلان الاجراء الذى قدم به الطلب أو الدفع ، أو رأت عدم قبول هذا أو ذاك لسبب ما فانه من الواجب تسيب القضاء الصادر بالبطلان أو بعدم القبول (بناء على تمسك صاحب المصلحة أو من تلقاء نفس المحكمة وفقاً لظروف الأحوال) .

وكثيراً ما يصدر الحكم مشتملاً على أسباب عامة تصلح للرد على سائر الطلبات أو الدفع وفق ما سوف نراه فى الفقرات التالية .

ويلاحظ أخيراً ان اغفال الفصل فى طلب موضوعى يحجز للخصم صاحب المصلحة الرجوع الى المحكمة للفصل فيما أغفلته عملاً بالمادة ٣٦٨ بشرط أن يكون الاغفال اغفالا كلياً . ولا يؤثر هذا الاغفال فى صحة القضاء الصادر فى الطلبات الموضوعية الأخرى . واغفال الفصل فى دفع ما (أو طلب فى صورة دفع شكلي) بصورة صريحة أو ضمنية يؤدى الى الغاء الحكم الصادر فى الموضوع اذا بنى على القضاء الضمنى غير المسبب برفض الدفع وفق ما سوف نراه فيما بعد . أما اغفال الرد على أدلة الخصوم أو أوجه دفاعهم أو مستنداتهم أو طلبهم احالة الدعوى على التحقيق ف سوف ندرس أثره فى المبحث التالى .

(١١) نقض أول ديسمبر ١٩٤٩ - مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٥٤

(٢٢) لا تريب على المحكمة ان هي لم تبحث صورة التقدمة كان الخصم لم يخرج قوله بالصورية مخرج الدفع الصريح الواضح الذى يحتم على المحكمة أن ترد عليه (نقض ١٥ مايو ١٩٤٢ - مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٤٣٩) وقضت محكمة النقض بأنه لا يمد دفا صريحاً ببطلان تقرير الخبير يلزم المحكمة بالرد عليه ومناقشته قول الخصم « من العدالة أن يكون تقدير الربيع متناسباً مع هذه القيمة ... بدون التفات لأعمال الخبير الباطلة التى ياتر عمله فى غياب المستأنفة بدون أن يملأها يوم مباشرة عمله ... » نقض ٩ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٦٧٨

(٢٣) حكم بأنه اذا دفع الخصم بعدم الاختصاص المحل ثم طلب التأجيل ليثبت بتقديم مستندات معينة براءة ذمته من جزء من الدين ، وقدم هذه المستندات ثم وافق على تأجيل آخر ، فانه يكون قد عدل عن حقه فى التمسك بعدم الاختصاص ، مرجع القضاء رقم ٧٩٢٣

٦١ - أحكام لا تسبب لأن مجرد النطق بها يفصح في ذاته عن سبب صدورها :

الأحكام غير القطعية المتصلة باثبات الخصوم أو بتنظيم سيرها :

مجرد النطق بالحكم باتخاذ اجراء من اجراءات الاثبات يفصح في ذاته عن سبب صدوره ، ولا يتطلب الأمر تسييه ، اما اذا عدلت المحكمة عما أمرت به من اجراءات الاثبات فمن الواجب اثبات سبب العدول بالمخضر عملا بالمادة ١٦٥ .

وجدير بالاشارة أن المحكمة اذا تناولت في حكمها بحث جواز الاثبات قانونا بطريق معين أو عدم جوازه أو تحديد الخصم المكلف قانونا بالاثبات فانها تكون قد حكمت بقضاء قطعي يلزم تسييه ويخضع لرقابة محكمة النقض^(١).

ومجرد النطق بقرار المحكمة بضم دعويين يشف عن سبب صدوره ، وهو توافر رباط بينهما : كذا الحال بالنسبة للقرار بالفصل بينهما^(٢).

القرارات الصادرة من دائرة فحص الطعون باحالة الطعن الى الدائرة الخامسة :

هذه القرارات لا يلزم تسييها عملا بالمادة ٤٣٢ (معدلة بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥) . وذلك لأن مجرد النطق بها يفصح في ذاته عن سبب صدورها ، وهو جدارة عرض الطعن على الدائرة الخامسة . ولأن التسيب قد يشف عن وجهة نظر دائرة فحص الطعون وقد تتعارض مع وجهة نظر الدائرة المحال اليها الطعن . ولأن هذا التسيب يبرر منع اعضاء دائرة فحص الطعون من الاشتراك في الدائرة الخامسة رفعاً للخرج . في حين أن المشرع قصد اشراك هؤلاء في الدائرة الخامسة^(٣).

(١) راجع بالنسبة للحكم الصادر بوقف الدعوى وطبيعته : جلاسون ٣ رقم ٧٤٤ والأحكام المشار اليها - وكتب الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع .

(٢) كتاب نظرية الدفوع الطبعة الثانية رقم ١٦١ .

الأحكام الصادرة من دائرة فحص الطعون برفض الطعن بالنقض :

يكتفى المشرع بأن تدون هذه الأحكام بمحضر الجلسة وتبين الدائرة فيه بايجاز وجهة نظرها (المادة ٤٣٢ معدلة بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥) .

وواضح أن المشرع قصد بذلك تفادى التناقض والتعارض الذى قد يحدث بين قضاء هذه الدائرة وقضاء الدائرة الخامسة فيما لو أوجب تسبيب الأحكام الصادرة بالرفض ، فيقع الحرج الذى كان سبب نقد النظام الفرنسى وكان سبب الفائه (١) ، هذا فضلا عن أن الدائرة لا تتوافر لديها العناصر الكاملة للحكم . إذ المفروض أن يصدر قضاؤها فى غفلة من المطمون عليه (م ٤٣٢ معدلة بالقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥) .

الأحكام الصادرة بما للمحكمة من سلطة تقديرية فى اختيار أحد وجهى الحكم بالقانون :

إذا أجاز المشرع للقاضى الأخذ بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه من ظروف كل قضية ، فإن معنى هذا أن المشرع يترك للقاضى سلطة تقديرية مطلقة متى توافرت الحالة القانونية التى بصدها أجاز له اختيار أحد وجهيها ، دون حاجة الى ابداء أسباب هذا الاختيار ، لأن مجرد اجراء هذا الاختيار يفصح عن سببه - وهو ارتياح المحكمة نظرا لظروف القضية ووقائعها فى تفضيل خصم على آخر . ولا يخضع هذا التقدير والاختيار لرقابة محكمة التقص (٢) بشرط أن تكون الحالة القانونية - التى أجاز فيها المشرع للمحكمة اعمال السلطة التقديرية (٣) - قائمة وثابتة بما يؤيدها من الأسباب الواقعية والأسباب القانونية .

وقد يميز المشرع للقاضى السلطة التقديرية المتقدمة بالنسبة الى اعمال قواعد القانون المدنى أو التجارى أو البحرى أو قانون المرافعات .

(١) المرجع السابق .

(٢) أنظر فى هذا الموضوع فى ص ١٦٦ وجارسونيه ٦ ص ٦٥٧ ، وحامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ٧٩ وما يليه .

(٣) pouvoir discretionnaire

فتلا نيجز المادة ١٥١/هـ للمحكمة أن تأذن للمدعى أو للمدعى عليه (م ١٥٢/د) الادلاء بطلبات عارضة بشرط أن تكون مرتبطة بالدعوى الأصلية ، ونيجز لها ألا تأذن بها ولو كانت مرتبطة بها . فتي ثبت من الحكم أن الطلب الذى تقدم به الخصم أثناء نظر الدعوى هو مرتبط بها ووضح دليل هذا الارتباط ، فانه يكون صحيحا اذا قبل الطلب بصورة عارضة ولو لم يستند الى نص المادة ١٥١ أو المادة ١٥٢ ، أو لم يرر دواعي قبول الطلب . واذا ثبت من الحكم أن الطلب مرتبط بالدعوى ومع ذلك لم يقبله بصورة عارضة فانه يكون صحيحا ولو لم يرر عدم القبول . أما اذا أثبت الحكم أن الطلب لا يرتبط بالدعوى ، وكان الطالب قد استند فى قبوله الى مجرد الفقرة هـ من المادة ١٥١ أو الفقرة د من المادة ١٥٢ ، ولم يكن مندرجا أو معتبرا من بين حالات قبول الطلبات العارضة الأخرى المشار اليها فى هذه المادة أو تلك . بحيث لا تلزم المحكمة بقبوله تحقيقا لاعمال القانون اعمالا صحيحا . فان الحكم لا يكون باطلا ولو لم يبين ويوضح انتفاء الارتباط . ما دامت المحكمة مخيرة بين قبوله أو عدم قبوله ولو كان بالفعل مرتبطا بالدعوى الأصلية وما دام هذا الطلب ليس من بين الحالات التى تلزم فيها المحكمة بقبوله بصورة عارضة .

ونيجز المشرع فى المواد ٤٦٩ وما يليها الحكم بالنفاذ المعجل أو رفضه أو الحكم بالكفالة أو رفضها حسبما تقدره المحكمة من ظروف كل حالة . فترجع بين مصلحة المحكوم له ومصلحة المحكوم عليه . وينجب أن يثبت فى الحكم طلب الخصم شمول الحكم بالنفاذ وأن الحالة المذكورة فيه تتدرج تحت أحوال النفاذ المعجل بحكم المحكمة جوازا . وينجب تبرير هذا القضاء بما يؤيده من الأسباب الواقعية والقانونية . ولا يلزم بعدئذ تبرير الحكم بالنفاذ أو رفضه . أما اذا أثبت الحكم أنه لا يعد من أحوال النفاذ المعجل الاختيارى فلا يلزم تسبب هذا القضاء متى كانت حقيقة الحال أنه لا يعد أيضا من أحوال النفاذ المعجل الوجوبى . وذلك لأن المحكمة مخيرة بين شمول الحكم بالنفاذ أو عدم شموله ولو كان بالفعل من أحوال النفاذ المعجل الاختيارى .

وتنص المادة ١٠٩^(١) على جواز الحكم على المدعى بوقف الدعوى مدة ثلاثة أشهر بدلا من الحكم عليه بالغرامة اذا تخلف عن ايداع مستنداته في الميعاد أو عن تنفيذ أى اجراء كلفته به المحكمة ، وذلك بعد سماع أقوال المدعى عليه . فاذا مضت مدة الوقف ولم ينفذ المدعى ما أمرته به المحكمة جاز الحكم باعتبار الدعوى كأن لم تكن .

واعمال المادة المتقدمة يقتضى أن تتحقق المحكمة من توافر الشروط الواردة في صدر المادة ، وأن تثبت في حكمها أن المدعى هو المحمل وأنها قد سمعت أقوال المدعى عليه قبل الحكم بالوقف ، وبعدئذ يكون الأمر اختياريا في الحكم بالوقف أو عدم الحكم به .

وإذا عجلت الدعوى بعد وقفها ولم ينفذ المدعى ما أمرته به المحكمة جاز لها الحكم باعتبار الخصومة كأن لم تكن . ومجرد النطق بهذا الحكم يفصح عن سبب صلوره .

وقضت محكمة النقض بأن القضاء بنفقة مؤقتة لمستحق في وقف وتحديد قيمتها مما يدخل في سلطة القاضي التقديرية (الاطلاقية) . فالمحكمة ليست ملزمة بإبداء ما تستند اليه في تقرير هذه النفقة وفي تقدير قيمتها^(٢) .

وتنص المادة ١٧٣ على أنه اذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الاجابة بغير مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الاثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ماكان يجوز فيها ذلك .

وجدير بالذكر أن هناك أحوالا يترك فيها المشرع للمحكمة سلطة تقديرية ، وانما هذه السلطة التقديرية مقيدة : بحيث اذا لم تبين بصورة صريحة أو ضمنية ما يبرر ما نحت اليه كان حكمها معيبا .

(١) راجع أيضا المادة ٥٦٥ و ٥٦٦ في حيز مالمدين لدى الغير ، والمادة ٤٧٢ .

(٢) نقض ١٣ مايو ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ ص ١٦٣ .

فثلا اذا كانت المحكمة تملك الحكم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصم في الدعوى احوالها الى التحقيق ، كما تملك رفض هذا الطلب ، فانها مع ذلك تلزم ببيان سبب الرفض ، وكثيرا ما ترد في الحكم أسباب عامة تصلح للرد على مثل هذا الرفض ، أو رفض باقى القرائن التى لم تستند اليها المحكمة^(١).

٦٢ — أحكام لا تسبب لاثها تعد قائمة على أسباب الحكم فى الموضوع — توابع الطلب الاصلى وما يرتبط به برباط قوى — المصاريف :

اذا كان الاصل عند تعدد الطلبات (أو الدفوع) أن يبين القاضى فى حكمه الأسباب الخاصة المتعلقة بكل طلب (أو دفع) فانه لا مانع مع ذلك من اقامة جميع أجزاء الحكم على أسباب عامة تصلح لكل واحد منها ، أو من اقامته ، اذا كان قاضيا بقبول طلب أو دفع أو رفضه ، على أسباب تصلح لحمل قضائه بقبول أو رفض طلب أو دفع آخر . فثلا بحسب المحكمة أن تذكر فى حكمها عدم قبول الدعوى المرفوعة فيما يختص برد عين الوقف بالحالة التى هى عليها ليحمل على تلك الأسباب قضاؤها بعدم قبول دعوى ريع هذه العين مدة الغصب المدعى به . فان الدعوى الثانية تنزل من الأولى منزل التابع من المتبوع . وتأخذ حكمها قبولاً ورفضاً بطريق الاقتضاء^(٢).

والحكم بأصل الحق وما تبعه أو التحقق به من التوابع والملحقات أو برفض ذلك جميعا ، يكفى فيه أن يكون مشتملا على الأسباب التى بنى عليها الحكم بقبول الطلب الاصلى أو رفضه . ولا يصح الطعن عليه بأنه خلو من أسباب صريحة خاصة بالطلبات التابعة أو الملحقة . فحسب الحكم الصادر بالزام المدعى بالدين وفوائده من وقت المطالبة الرسمية والمصاريف أن يكون مسببا فى خصوص أصل الالتزام بالدين . ليقام على أسبابه الحكم بالقوائد والمصاريف ، وحسب الحكم الصادر برفض طلب تثبيت الملك ورد ثمراته أن يبين كيف نفى الملك عن المدعى . ليدل الحكم على أنه غير مستحق لثمراته . وحسب الحكم الصادر برفض الدعوى التى طلب فيها فسخ العقد ، والتعويض نتيجة الفسخ

(١) راجع ما تقدمه فى مدى سلطة قاضى الدعوى فى هذا الصدد .

(٢) نقض ١٨ فبراير ١٩٣٧ مجموعة القواعد القانونية ٢ ص ٩٦ .

ان تبين المحكمة سبب الحكم برفض القسح لتحمل عليه الحكم برفض التضمينات ، وكل ما تقدم مشروط بعدم منازعة الخصم في أصل الالتزام بالملحقات والا وجبت الاجابة عليها بأسباب خاصة^(١) .

وفيا لى أمثلة من أحكام المحاكم اعمالا للقواعد المتقدمة :

قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه اذا حكم للمدعى بمطلوبه ومع ذلك الزمه الحكم بالمصاريف وجب تسبيب هذا الحكم الأخير بأسباب تبرره والا كان باطلا^(٢) ، واذا لم تبين المحكمة في حكمها وجه الزام المحكوم عليهم بالمصاريف بالتضامن كان باطلا^(٣) ، واذا رفضت المحكمة طلبات الخصم الأصلية ، فان أسباب هذا الرفض صالحة لاقامة الحكم برفض توابيع هذا الطلب وملحقاته أو طلباته الاحتياطية^(٤) .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كانت الفوائد في صورة القضية تعتبر من الطلبات التابعة لطلب التعويض الأصل ، وكان الحكم اذ تعرض للطلب الأصلي قد اشتمل على الأسباب التي بني عليها قضاءه وهي أسباب شاملة يتحمل عليها القضاء في الطلب التابع ، فانه لا تثريب على المحكمة اذ هي لم تورد بيان العناصر التي استندت اليها في هذا الخصوص ، ما دام أن عناصر التعويض الأصل التي أوردتها وافية البيان لا يشوبها القصور^(٥) .

(١) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ١٩٣

(٢) نقض فرنسي ٢٢ يولييه ١٨١٦ - ربرتوار دالوز رقم ١٠٤٩ تحت عبارة الأحكام .

(٣) نقض فرنسي ٥ يناير ١٨٨١ (دالوز ٨١ - ١ - ١٢٩) - مع مراعاة المادة ٣٥٧ من القانون المصري ، بمعنى أنه اذا كانوا متضامين في أصل التزامهم المقضى فيه ، فيعد الحكم بالزامهم في المصاريف بالتضامن قائما على المادة ٣٥٧ متى وضح في الحكم التزام هؤلاء متضامين في أصل الالتزام .

(٤) نقض فرنسي ١٥ مايو ١٨٧٦ (دالوز ٧٦ - ١ - ٤٣٦) .

(٥) نقض ١٧ فبراير ١٩٥٥ - مجموعة ٦ - ٢ - ٦٧٩ - ومع ذلك قضت بأن الفوائد - في صورة قضية أخرى مطروحة عليها - ليست من الملحقات الواجب القضاء بها حتماً تبعا للأصل حتى يمكن القول بأن الحكم بها إنما كان سببه هو اعمال حكم القانون - واذا كان يمتنع تسبيب القضاء الصادر فيها - نقض ١٩ يونيو ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية ٣ ص ٣٨٥ .

وانما يلاحظ أنه اذا قضت المحكمة بالمبلغ الذى يستحقه الخصم ورفضت طلب الفوائد دون أن تورد الأسباب التى تبنى عليها هذا الرفض ، فان حكمها يكون قاصرا فى هذا الخصوص مما يستوجب نقضه^(١) .

وقضت بأنه اذا اشتملت الدعوى على طلبين ، هما فسخ عقد والتعويض ، وثبت أن أسباب الفسخ هى بعينها الأسباب التى أقيم عليها طلب التعويض ، فان بحث المحكمة فى طلب التعويض يعتبر بحثا للأسباب التى أقيم عليها طلب الفسخ^(٢) ، وكذلك الحال اذا رفضت المحكمة طلبا موجهما الى مدعى عليها بطريق التضامن بينهما^(٣) . وانما اذا اشتملت الدعوى على طلبين أحدهما بطلان عقد والثانى رد المبلغ الذى دفع بناء على هذا العقد ، ورفض الحكم الدعوى بشقيها ، وذكر أسبابا لا تنصب الا على الطلب الأول وحده ولا تؤدى الى رفض الطلب الثانى ، فان الحكم يكون قاصر التسبب فى هذا الصدد^(٤) .

والحكم بتحديد الملتزم بالمصاريف وقدرها اذا ما صدر متمشيا مع القضاء فى موضوع الدعوى ، فانه يعتبر قائما على الأسباب التى أقيم عليها الحكم فى الموضوع ، كما اذا قضت المحكمة لكل من الخصمين ببعض طلباته وحماهما بالمصاريف متاصفة عملا بالمادة ٣٥٩^(٥) .

(١) نقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ المجموعة ٤-٢-٧٣٥ ، ونقض ١٦ يونيه ١٩٥٥-المجموعة ٦-٣-١٢٦٦ . وقضى بأن الحكم الصادر بالدين وبالفوائد - لا من وقت المطالبة القضائية بل من يوم صدور الحكم المتأنت - يجب تسببه فى الأمرين (نقض فرنسى ١٩ ديسمبر ١٨٧٧ - دالوز ٧٧-١-٢٩٥ ، ونقض ٢٥ مايو ١٩٥٠ المجموعة ١-٥٣٤)

(٢) نقض ٢٧ مارس ١٩٥٢ - المجموعة ٣-٢-٦٧٦

(٣) نقض ١٦ نوفمبر ١٩٥٠ ، المجموعة ٢-١-٤٣

(٤) نقض أول مايو ١٩٥٢ ، المجموعة ٣-٣-١٠١٦

(٥) راجع حكم النقض ٢٦ نوفمبر ١٩٤٢ ، مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ١٠ وجلسون ٣ رقم ٧٤٥ ونقض فرنسى ١٣ مايو ١٩٢٢ ، جازيت باليه ١-٧٢٤ ونقض ٣ مارس ١٨٩٧ سبرى ٩٨-١-١٣-١٣ ونقض ١٩ فبراير ١٨٩٦ سبرى ٩٦-١-٦٤٤

وقضت محكمة النقض بأنه اذا طلب المستأنف انقطاع الخصومة لوفاة أحد المستأنف عليهم، وأصدرت المحكمة حكمها بتأييد الحكم المستأنف دون أن ترد على هذا الطلب فحسبها أن يتضح من بيانات الحكم أنها قد رفضته لحصول الوفاة بعد قفل باب المرافعة وتأجيل القضية^(١). ويكون رفض الطلب مؤسسا على المادة ٢٩٥.

٦٣ - الأسباب الواقعية والأسباب القانونية^(٢) - مدى رقابة محكمة النقض عليها :

يبين من كل ما تقدم أن من الأسباب ما يبرر الواقع الذى استخلصه القاضى ، ومن الأسباب ما يبرر ارساء القاعدة القانونية التى اختارها بصدده ، وتسمى الأولى الأسباب الواقعية . وتسمى الثانية الأسباب القانونية .

والأصل أن محكمة النقض تشرف على صحة تطبيق القانون دون أن تتعرض لما تعلق بواقع الدعوى ، اذ لا دخل للقانون فى تحصيل فهم الواقع فى ذاته ومن ثم لا تملك القيام بالبحث عن أدلة جديدة . أو تجرى تحقيقا . أو تنتقل للمعينة . أو تطلع على أوراق لم تقدم الى قاضى الدعوى . كما لا تملك الترجيع والموازنة بين الدلائل والقرائن التى قدمت الى قاضى الموضوع . لأن القانون قد خول له سلطة مطلقة فى هذا الصدد دون رقابة أو اشراف من جانب محكمة النقض .

واذا كان هذا هو الأصل العام الا أن لمحكمة النقض أن تراقب فهم الواقع من نواح أربعة رئيسية :

١ - التحقق من أن قاضى الدعوى قد احترم القواعد الموضوعية فى الالبات بالنسبة الى الأحوال التى يجوز فيها سلوك كل طريق من طرق الالبات بحسب طبيعة المراد اثباته وما اذا كان وقائع مادية أم روابط قانونية ، وبالنسبة الى قوة الدليل المستفاد منه والخصم المكلف بالاثبات ، وينبغى على قاضى الدعوى أن يتقيد بما تقدم ويأخذه عن القانون أخذا صحيحا .

(١) نقض ٣٠ يونيو ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد القانونية ١ ص ١٣٥ .

(٢) les motifs de fait et les motifs de droit

٢ - التحقق من أن قاضي الدعوى قد أحترم القواعد الاجرائية في الاثبات ، على ما قدمناه ^(١) ، فلم يستند الى نتيجة مستخلصة من تحقيق باطل ، أو يستند الى ورقة قدمها خصمه بعد قفل باب المرافعة وفي غفلة من خصمه الخ .

٣ - تتبع سير اجراءات الخصومة ومراقبته من واقع الأوراق الثابت فيها تلك الاجراءات ، بان تطلع محكمة النقض عليها للتحقق بنفسها من حقيقة الواقع في الدعوى وما اذا كان يتمشى مع ما قرره المحكمة . وكثيرا ما تبينا - من الأمثلة العديدة لأحكام محكمة النقض المتقدمة - أن قاضي الموضوع يبنى حكمه على واقعة وهمية لا أصل لها في الأوراق أو تخالف الثابت منها . ولا يصح أن يمتنع على ما تقدم بمقولة ان قاضي الدعوى قد ثبتت من وقائعها بما ذكره في حكمه ، وذلك لأن النزاع يتعلق في واقع الأمر بمسألة قانونية هي مدى أخذه بوقائع الدعوى الثابتة وما اشتملت هي عليه من حجج وبيانات ، وما اذا كان قد مسخها وجردها من طبيعتها وجوهرها .

واذن تملك محكمة النقض تتبع الوقائع الاجرائية ^(٢) بالاطلاع على أوراق الاجراءات . وذلك عند الادعاء بأن ما جاء به الحكم المطعون فيه يخالف ما احتوته تلك الأوراق ^(٣) .

٤ - التحقق من أن قاضي الدعوى قد قدر أدلتها تقديراً يتمشى مع المنطق السليم ^(٤) .

وبالنسبة الى تكييف الوقائع الصحيحة وارساء القاعدة القانونية مع آثارها عليها ، فقد قلنا أنه يقتضى جهداً قانونياً ، ومن ثم تراقب محكمة النقض التكييف حتى تحدد ما يندرج تحت عموم الألفاظ والعبارات والقواعد القانونية وما لا يندرج ، وعناصر أو شروط أو قيود هذه القواعد .

(١) في الفقرة رقم ١٨ وما يليها ، وما ذكرناه من أمثلة في هذا الصدد .

(٢) les faits procéduraux

(٣) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ٤٧ ، و الأحكام العديدة التي تقدمت دراستها في الفقرات السابقة .

(٤) راجع الأمثلة المشار إليها في الفقرة رقم ٢٤ وما يليها .

٦٤ - الأسباب المكملة للمنطوق^(١)، والأسباب التي تبرره^(٢)؛
تعد الأسباب الأولى مكملة لما يرد في المنطوق من قضاء ، أما الثانية
فهي تبرره فقط دون أن تشمل على قضاء يحوز حجية ما .
وهذا الموضوع يخرج عن نطاق دراسة تسيب الأحكام في ذاته^(٣).

المبحث الثاني

جزاء قصور التسيب

٦٥ - إذا كان المشرع يوجب تسيب الأحكام تسيبا جديا فذلك
ليحقق غاية المراد منه ، على التفصيل المتقدم :

وإذن ليس يكفي أن تبدى أسباب مهمة أو غامضة أو عجيبة أو متناهية
أو متخالفة أو ناقصة أو متناقضة يحوز بعضها بعضا أو مضطربة - ليس يكفي
أن تبدى مثل هذه الأسباب لاعتبار الحكم صحيح الشكل من ناحية التسيب^(٤)
ولا يعقل أن يكون مقصود قانون المرافعات أن يأتي القاضي بأية أسباب
خاطئة أو غامضة فيصبح حكمه صحيح الشكل ، أو أن يردد مثل هذه

(١) أو الجوهرية *les motifs objectifs*

(٢) أو المرضية *les motifs subjectifs*

(٣) انظر الدراسة التفصيلية للموضوع في كتاب الأحكام الصادر قبل الفصل في الموضوع
رقم ٢١ وما يليه ، وما اشرقا اليه من أحكام .

(٤) اتجه رأي قديم في فرنسا يكتن لصحة شكل الأحكام من ناحية التسيب أن تذكر به أية
أسباب صحيحة أم خاطئة ، كافية أم غير كافية استنادا الى المادة ٧ من قانون ٢٠ أبريل ١٨١٠
التي تنص على أن أحكام محاكم الاستئناف التي لا تشمل على أسباب تكون باطلة والى أن القانون
الفرنسي يحتم على محكمة النقض ألا تنقض الحكم الا اذا كانت هناك مخالفة صريحة للقانون .
ولقد رأت محكمة النقض الفرنسية أن الأخذ بالظاهر المتقدم لا يحقق مقصود المشرع
من التسيب فاجبت أن تسيب الأحكام تسيبا صحيحا كافيا والا كانت باطلة . نقض فرنسي
٣ فبراير ١٨٩٧ (دالوز ٩٧ - ١ - ١٧٨) ، ونقض فرنسي ١٣ فبراير ١٨٦١ (دالوز
٦١ - ١ - ٤٨٨) ، ونقض فرنسي ٢٧ نوفمبر ١٨٨٤ (دالوز - ٨٦ - ٧٩) ونقض
فرنسي ٦ يولييه ١٩٠٥ (دالوز ١٩٠٨ - ١ - ٢٥٦) جلاسون ٣ رقم ٧٤٥ ونقض فرنسي
٨ مارس ١٩٢٠ (سيري ١٩٢١ - ١ - ١٢١) ونقض فرنسي ٩ مايو ١٩١٧ (سيري
١٩١٨ - ١ - ١٤) وقاضى رقم ٩١ .

العبارات : ان الدعوى قد أقيمت على أساس صحيح ، أو انها فاسدة ، أو أن دفع المدعى عليه ظاهرة الفساد أو أن احالة الدعوى على التحقيق فيه مضية للوقت وأن المدعى محق فيما يدعيه .

ولقد أيدت محكمة النقض المصرية اتجاه الرأي المتقدم في كل أحكامها ومما قالته ان المشرع لم يقصد الزام المحكمة بتسبيب أحكامها أن يستكمل شكلها باعتبارها من أوراق المرافعات ، فيكتفى فيها بمطلق الأسباب ولو جاءت مهمة تصح لكل حكم أو غامضة أو مجملة لا تقنع المطلع عليها بعدالتها ، وإنما لا يوثق التسبب ثمرته الا اذا كان كافيا وكفيلا بأن يحقق المقصود منه ، والاستطاع قاضي الموضوع أن يجهل طريق الرد على أحكامه فيكتفى بأسباب مجملة أو غامضة أو ناقصة أو أسباب يخلط فيها بين ما يستقل هو بتحقيقه والحكم فيه من جهة الموضوع وبين ما تراقبه فيه محكمة النقض من ناحية القانون ، فتكون بذلك الأحكام المسببة خير تسبب هي المعرضة لهذه الرقابة دون الأحكام الأخرى غير المسببة^(١). وقالت اذا كان لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى من الأدلة المقدمة ، وفي وزن هذه الأدلة وتقريرها وترجيح بعضها على بعض . فان خضوعه لرقابة محكمة النقض في تكييف هذا الفهم بحكم القانون وفي تطبيق ما ينبغي من أحكام القانون يحتم عليه أن يسبب حكمه التسبب الكافي لتكوين محكمة النقض من اجراء هذه المراقبة ، فان قصر حكمه عن ذلك فعجزت محكمة النقض عن التقرير بنق المدعى به من مخالفة القانون أو من الخطأ في تطبيقه أو في تأويله ، نقضت الحكم لخلوه من الأسباب الموضوعية أو لعدم قيامه على أساس قانوني^(٢).

وكانت المادة ١٠٣/١٠١ من قانون المرافعات القديم تنص على أن الأحكام إلى تصدر من المحاكم الابتدائية ومن محاكم الاستئناف يلزم أن تكون مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها والا كانت لاغية .

(١) نقض ١٩ نوفمبر ١٩٣١ المحاماه ١٢ ص ٢١٨

(٢) نقض ٢٣ مارس ١٩٣٢ المحاماه ١٣ ص ١٠٩٨ ونقض ٢٦ أبريل ١٩٣٤ المحاماه ١٤ ص ٤٢١ ، والأحكام الجديدة المتقدمة الذكر في الفقرات السابقة .

وجاءت المادة ٣٤٧ من قانون المرافعات الجديد تنص على أن الأحكام يجب أن تكون مشتملة على الأسباب التي بنيت عليها والا كانت باطلة .
وأذن بمقتضى النص المتقدم يتعين تسيب جميع الأحكام الصادرة من المحاكم ولو كانت جزئية .

وجاءت المادة ٣٤٩ - بعد أن عدلت بيانات الحكم ومن بينها الأدلة الواقعية والحجج القانونية وأسبابه - جاءت في فقرتها الثانية تنص على أن القصور في أسباب الحكم الواقعية يترتب عليه بطلان الحكم .

ومؤدى المادة المتقدمة أن القصور في أسباب الحكم القانونية لا يؤدى الى بطلانه ، وهى بهذا تخصص المادة ٣٤٧ المتقدمة الذكر . ففى كانت أسباب الحكم الواقعية صحيحة سليمة ، وكانت النتيجة التى انتهى اليها تتمشى مع نصوص القانون . وكانت القاعدة التى أخذ بها هى التى طبقت على الوقائع الثابتة ، فان الحكم يكون صحيحا سليما لا ملطعن عليه^(١).

وترتيا على كل ما تقدم ، القصور في أسباب الحكم الواقعية يؤدى الى بطلانه ، كما اذا أغفلت المحكمة وقائع هامة أو مسختها أو أغفلت الرد على دفاع جوهرى أو مستند هام لم يختلف الخصوم على دلالته وحججه ، أو رفضت اثبات واقعة جوهرية في الدعوى ، أو لم تلون طريق ثبوت الأدلة ، أو استخلصت غير ما تشفه تلك الأدلة دون أن تعمل منطقا سليما في هذا الصدد^(٢).

وإذا كانت أسباب الحكم الواقعية سليمة صحيحة ، وكانت النتيجة التى انتهى اليها صحيحة قانونا ومتماشية مع الثابت من وقائع الدعوى ، فان الحكم يعد صحيحا ولو لم تذكر فيه القاعدة القانونية التى طبقت بصده^(٣) . ولا يعيب

(١) حامد فهمى ومحمد حامد فهمى رقم ١٩٩

(٢) راجع الفقرة رقم ٢٤ وما يليها . وراجع الأحكام العديدة المشار اليها في الفهرس المدف لفضاء محكمة النقض ، محمود احمد عمر ، رقم ٢١٢ وما يليه تحت عبارة حكم تسيبه .

(٣) راجع الفقرة رقم ٥٣ وما أشرنا اليه من احكام .

الحكم - في الصورة المتقدمة - قصور أسبابه القانونية كما اذا ذكرت أخطاء قانونية في الأسباب ، أو تناقض بعض الأسباب القانونية مع البعض الآخر متى بنى على أسباب صحيحة كافية، لأن المقصود بالخطأ في القانون ، كسبب للطن بالنقض ، هو ذلك الخطأ الذي يشوب منطوق الحكم دون أسبابه ، أو بعبارة أخرى ، هو الخطأ الذي يبنى الحكم عليه ، وهو في هذه الحالة وحدها يكون سببا من أسباب الطعن بالنقض^(١). ثم ان الطعن في الحكم لا يجدى اذ لا مصلحة للمحكوم عليه في تمسكه بالخطأ القانوني الثابت في الأسباب لأن تصحيحها لا يغير وجه الدعوى ولا يؤثر فيما قضت به المحكمة ، ولا تمسح تلك الأسباب الخاطئة بأى ضرر يبرر بطلان الحكم . وعلى العكس ، اذا وردت في أسباب الحكم تقديرات لمبادئ قانونية سليمة صحيحة فانها لا تؤثر في تصحيح المنطوق اذا كان قد صدر مخالفا للقانون ، ولم ين على تلك التقديرات الصحيحة .

واذا كانت أسباب الحكم الواقعية سليمة صحيحة ، وكانت النتيجة التي انتهى اليها مخالف القانون وغير متمشية معه ، فانه يكون مشوبا بخطأ في تطبيق القانون ، ولا يكون باطلا ، سواء ذكرت أسباب قانونية خاطئة ، أو لم تذكر أسباب قانونية على وجه الاطلاق ، وذلك لأن المادة ٢/٣٤٩ مقتضاها حتما - كما قدمنا - أن القصور في أسباب الحكم القانونية لا يربط بطلانه^(٢) - والا فالقول بغير هذا يؤدي الى اعتبار جميع الأحكام المشوبة خطأ في تطبيق القانون باطلة في ذات الوقت ، وهذه نتيجة غير مستساغة^(٣). واذا كان هناك قصور في أسباب الحكم الواقعية ، وفي أسبابه القانونية أيضا ، فان الحكم يكون باطلا ، ويكون مشوبا بخطأ في تطبيق القانون اذا أمكن ادراك هذا الخطأ . وقيل ، في هذا الصدد ، ان الطعن بالنقض في الحكم بعدم قيامه على أساس قانوني ، اذا كان لا يقوم في الواقع على مخالفة معينة منضبطة

(١) رقم ٥٨ وما أشرنا اليه من أحكام ، وحامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ١٩٩

(٢) راجع في هذا الموضوع : نقض ١٦ يونيه ١٩٥٥ المجموعة ٦ - ٣ - ١٢٦٦ ونقض

٢٥ مايو ١٩٥٠ المجموعة ١ - ٥٣٤ : ونقض ٣ أبريل ١٩٥٢ المجموعة ٣ - ٣ - ٨٦٢

(٣) وتؤدي الى اجازة استئناف جميع الأحكام الانتهائية المشوبة بخطأ في تطبيق القانون - بصفة استثنائية وعلا بالمادة ٣٩٦ - بمقولة انها باطلة .

يمكن ادراك وقوعها والعلم بها من الحكم نفسه وبناء النقض على أساسها ، بل يقوم على احتمال وقوعها وعجز محكمة النقض عن ضبطها (نتيجة قصور في أسباب الحكم الواقعية) والقول بوقوعها على جهة اليقين ، فهذا الطعن ، وهذا هو جوهره ، لا يمكن ادراجه تحت حالة الطعن بمخالفة القانون ، بل الاشكل به ادخاله تحت حالة الطعن بطلان الحكم لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التي يكون قد بنى عليها^(١). واذن اذا عجزت محكمة النقض عن التقرير بنى ما ادعى به من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله فان الحكم يكون باطلا لقصور أسبابه الواقعية^(٢).

٦٦ - أهمية التفرقة بين الحكم الباطل والحكم المشوب بخطأ في تطبيق القانون :

خلو الحكم من الأسباب هو ولا شك عيب شكلي يؤدي الى بطلانه عملاً بالمادة ٣٤٧ ، وكذلك الحال اذا كان التسيب مشوهاً أو غامضاً أو ناقصاً أو مبهماً أو متبهماً أو خاطئاً على التفصيل المتقدم . أما الخطأ في تطبيق القانون فهو عيب في صميم موضوع الحكم .

وتبدو أهمية التفرقة بين بطلان الحكم وخطئه في تطبيق القانون من ناحية طرق الطعن الجائزة بالنسبة الى كل منهما ، ومن ناحية حق محكمة النقض في التصدي لموضوع الحكم عند نقضه . فالمادة ٣٩٦ تجيز - على سبيل الاستثناء

(١) حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ١٩٩ ، وقيل ان الضرورة هي التي ألحقت محكمة النقض الى اصطناع هذا النوع من التعبير (عدم قيام الحكم على أساس قانوني) لتصل الى رقابتها على تسيب الاحكام تسيباً واقعياً وإبطال الاحكام المسببة تسيباً ناقصاً غلاماً بمقصود المشرع من ايجاب تسيبها على الوجه المرضي .

(٢) راجع الاحكام المدونة المشار اليها في الفهرس الملحق - الأستاذ محمود واحد عمر رقم ٢١٠ وما يليه - تحت عبارة حكم - تسيبه . وراجع الاحكام المتصدرة التي تقدمت الاشارة اليها في الفقرات السابقة ورقم ٤ وما يليه . وقضى باعتبار الحكم في الحالة المذكورة في المتن قابلاً للنقض لعدم قيامه على أساس قانوني صحيح أو باطلاً لخلوه من الاسباب ، بغير رجوع بين الأمرين - نقض ٢٣ مارس ١٩٣٣ الهامة ٢٣ ص ١٠٩٨ ، واتجه القضاء بعدئذ الى اعتبار الحكم في الحالة المذكورة في المتن خالياً من الاسباب . واستقر القضاء والفقهاء في بلجيكا على هذا أيضاً p. 26 (1933) Siment : Des pourvois en cassation en matière civile

استثناء الأحكام الانتهاية الصادرة من المحكمة الجزئية أو الابتدائية إذا كانت باطلة أو مبنية على إجراء باطل ، ولم تجزئه إذا بنى الحكم على مخالفة أخرى للقانون . والمادة ٤٢٥ مكررا (مضافة بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢) تجزئ على سبيل الاستثناء الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية في قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية إذا كانت مبنية على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله في دعاوى الحيازة والأحكام الصادرة في مسائل الاختصاص ، ولم تجزئه لمجرد صدور هذه الأحكام باطلة أو مبنية على إجراءات باطلة .

والمادة ٤٤٥ تجزئ لمحكمة النقض إذا قضت بتنقض الحكم المطعون فيه لمخالفته للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله ، وكان الموضوع صالحا للحكم فيه أن تستبقه لتحكم فيه بأن تطبق القانون على الوقائع الثابتة في الحكم المطعون فيه ، ولم تجزئ ذلك في حالة صدور الحكم باطلا ، أو صدوره مبنيا على إجراء باطل ، ولا تتصور اجازته لأن الدعوى تكون غير صالحة للفصل فيها بسبب الحكم المشوب بالعيب الجوهرى الذى أبطله أو بسبب الاجراء الباطل الذى بنى عليه الحكم والمؤثر فيه . والمادة ٨٨٤ توجب على قاضى الأمور الوقفية - وهو بسبيل اصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكم - التحقق من صحة شكل الحكم دون أن يتعدى ذلك الى التحقق من سلامته من حيث الموضوع .

٦٧ - الحكم الصحيح من ناحية الشكل يكون قابلا للإلغاء إذا بنى على إجراء باطل - شروط ذلك :

قد يصدر الحكم صحيحا من حيث الشكل وعلى حق من حيث الموضوع ، ومع ذلك يكون قابلا للإلغاء إذا بنى على إجراء باطل .

ويشترط لأعمال القاعدة المتقدمة :

١ - أن يتخذ في الدعوى إجراء باطل .

٢ - والا يكون الخصم صاحب المصلحة في التمسك ببطالته قد أسقط حقه فيه .

٣ - والا تكون المحكمة قد قضت بصحة الاجراء .

٤ - وان يبنى الحكم على ذات الاجراء الباطل .

٥ - أن يكون الطاعن هو ذات الخصم الذى مسه الاجراء الباطل .

٦ - أن يتمسك الطاعن بالبطلان قبل تعرضه للموضوع ، اللهم الا اذا كان البطلان من النظام العام .

١- أن يتخذ فى الدعوى اجراء باطل :

ويستوى أن يكون هذا الاجراء الباطل الذى يبنى عليه الحكم اجراء افتتحت به الخصومة التى انتهت به ، أو اجراء يتعلق بسببها أو اثباتها ، وقد يكون هذا الاجراء هو حكم باطل أو حكم يبنى على اجراء باطل .

ويستوى أن يكون البطلان المتقدم مقروا بنص فى التشريع بلفظه أو دلالة ، أو مقروا لأن عيبا جوهريا قد شاب الاجراء ترتب عليه ضرر للخصم ، عملا بنص المادة ٢٥ من قانون المرافعات .

ويستوى أن يكون البطلان المتقدم متعلقا بالنظام العام أم غير متعلق به ، أو أنه يسقط التمسك به بالحضور أو بالتكلم فى الموضوع ، أو أن التمسك به يتم على صورة دفع شكلى أم بطلب على صورة دفع شكلى ، كما هو الحال عند التمسك بسقوط الخصومة عملا بالمادة ٣٠١ من قانون المرافعات .

٢- الا يكون الخصم صاحب المصلحة فى التمسك بالبطلان قد أسقط حقه فيه :

فاذا كانت صحيفة افتتاح الدعوى باطلة ، وحضر المدعى عليه بناء عليها ، مما يترتب عليه زوال البطلان عملا بالمادة ١٤٠ ، أو تكلم فى الموضوع مما أسقط حقه فى التمسك بالبطلان عملا بالمادة ١٤١ ، فان البطلان يزول فى الحالتين ، وبعد الحكم الصادر فى موضوعها قائما على اجراء صحيح .

واذا وقف السير فى الخصومة مدة سنة أو أكثر ، وعجلها المدعى بعدئذ ولم يتمسك خصمه بسقوط الخصومة عملا بالمادة ٣٠١ ، وفى الوقت المناسب عملا للمادة ٢٦ ، وأجاب عليها بما يعتبرها صحيحة فى اجراءاتها فان الحكم الصادر فيها يعد قائما على اجراءات صحيحة . واذا كان تقرير خبير الدعوى

باطلا لسبب ما ، ولم يتمسك الخصم بهذا البطلان في الوقت المناسب ، وناقش التقرير من نواحيه الموضوعية فان بطلانه يزول والحكم الذي يبنى عليه بعد قائما على اجراء صحيح .

واذا قام سبب من أسباب انقطاع الخصومة ، ومع ذلك استأنفت المحكمة سر الدعوى لجهلها بقيام سبب الانقطاع ، وسارت اجراءاتها في غفلة من ذلك الذي قام به السبب ، ثم تنبه من يقوم مقامه بقيام الخصومة فحضر الجلسات ، ولم يتمسك ببطلان الاجراءات التي اتخذت أثناء فترة الانقطاع بل أجاب عليها بما يفيد اعتبارها صحيحة ، فان البطلان يزول وتصير الاجراءات صحيحة يجوز أن يبنى الحكم في الموضوع عليها .

٣ - ألا تكون المحكمة قد قضت بصحة الاجراء :

اذا تمسك الخصم صاحب المصلحة ببطلان الاجراء في الوقت المناسب ، فقضت المحكمة بصحته ، وبنت حكمها في الموضوع على ذلك القضاء بصحة الاجراء ، فلا يتصور أن يعد الحكم في الموضوع مبنيا على اجراء باطل ولو كان البطلان من النظام العام ، بل ولو كان الاجراء يعد باطلا في واقع الأمر ، وذلك لأن الحكم الصادر في الموضوع يعد مبنيا على الحكم الصادر بصحة الاجراء ، ولا يعد بداهة مبنيا على الاجراء الباطل .

وفي حالة صدور الحكم بصحة اجراء هو في واقع الأمر باطل تكون المحكمة قد أخطأت في تطبيق القانون ، فاذا بنت الحكم في الموضوع على الأول ، جاز الطعن بالنقض في الحكم بصحة الاجراء بسبب الخطأ في تطبيق القانون (اذا توافرت شروط الطعن) ، ويتمسك بالغاء الحكم الصادر في الدعوى نتيجة الغاء الحكم الأول متى كان مؤسسا عليه ، هذا ولو لم توجه اليه مطاعن (م ١/٤٤٧) .

وعلة ما تقدم أن المشرع اذا ما أجاز الطعن في حكم لبنائه على اجراء باطل فانما يجيزه لبناء الحكم على ذات الاجراء الباطل لا على الحكم الصادر بصحة الاجراء . وبعبارة أخرى ، لا يجيز المشرع الطعن لأن المحكمة قد أخطأت في القضاء بصحة الاجراء ، والا حورت القاعدة الى ما يفيد انها تجيز الطعن استثناء في الحكم الصادر برفض الدفع بالبطلان ، وهذا ما لم يدر بخلد الشارع

لأن مقصوده أن يجز الطعن في الحكم المبني على الاجراء الباطل الذي لم يتمكن الخصم من التمسك بالبطلان في الوقت المناسب ، ولم تنح له فرصة التمسك به ، وذلك رعاية وحماية له خاصة ، كما اذا قام سبب لانقطاع الخصومة ، ومع ذلك استأنف الخصم الذي لم يحم به سبب الانقطاع سير الدعوى واستصدر الحكم في غفلة من خصمه ، وكما اذا سمعت المحكمة أحد الخصوم أو اطلعت على أوراق قدمها في غفلة من خصمه (م ٣٤٠) .

وفي الواقع ما يفرق الطعن في الحكم لمخالفته القانون عن الطعن فيه لبنائه على اجراء باطل هو ما تقدم ، والا اختلط الأمر واعتبر الطعنان طعنا واحدا ، والسببان سببا واحدا ، وهذا أيضا لا يقصده المشرع ولا يبتغيه لأنه قد اشتق من الخطأ في القانون - كسبب عام للطعن بالنقض - اشتق منه سببا آخر متميزا عنه هو بطلان الاجراء المؤثر في الحكم . وبعبارة أوضح ، اذا تمسك خصم ببطلان اجراء وقضت المحكمة بصحة الاجراء أو بطلانه ، وطعن المتمسك بالبطلان أو خصمه (محبس الأحوال) في الحكم المتقدم ، فلا يتصور أن يؤسس الطعن في الخاطئ الا على الخطأ في تطبيق القانون أو في تأويله . والحكم في الدعوى الصادر يكون مبنيا على القضاء برفض البطلان ، وليس مبنيا على الاجراء الباطل كما قلنا^(١) .

ولقد قيل بعكس ما تقدم ، وبأن الحكم في الدعوى الصادر مبنيا على حكم برفض البطلان يكون قائما على اجراء باطل اذا أخطأت المحكمة عند رفضها الدفع بالبطلان . وقيل لتبرير ذلك أن المادة ١٠ من قانون انشاء محكمة النقض (م ٤٢٥ م مضافا بالمرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢) لا تجيز الطعن بالنقض في أحكام المحاكم الابتدائية الصادرة في قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية في قضايا الحيازة وفي مسائل الاختصاص المتعلقة بالوظيفة والنوعى الا اذا كانت تلك الأحكام المطعون فيها مبنية على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو في تأويله ، ولا تجزئه اذا كانت باطلة أو مبنية على اجراء

(١) قارن حامد فهمي ومحمد حامد فهمي رقم ٢٠٥

في فرنسا ، جميع الاحكام التي يجوز الطعن فيها بالنقض لمخالفة القانون هي مبنية يجوز الطعن فيها بالنقض بسبب بطلان الاجراءات القائمة عليها تلك الاحكام ، ولا تختلف الاجراءات في الحالتين ، اذ يتبين على المحكمة إحالة الدعوى الى محكمة موضوع أخرى لتفصل فيها من جديد ، ولا تملك محكمة النقض التصدي له . ومن ثم لم يبحث في فرنسا الموضوع المذكور في المتن .

باطل . وعلّة هذا أن المشرع لم يعن بفقر الاشراف على تطبيق القواعد القانونية الخاصة بدعوى الحيازة وقواعد الاختصاص ذاتها توجيدا للقضاء فيها ، وأما ما يقع في هذه القضايا من أسباب البطلان في الاجراءات أو في الحكم ذاته فانه مما يعرض أمثاله لأحكام محاكم الاستئناف ويصل أمره لمحكمة النقض فتضع فيه هذه المحكمة العليا القواعد الصحيحة التي تهتدى بها جميع المحاكم على اختلاف درجاتها في جميع القضايا على اختلاف أنواعها .

كذلك لا يجوز المشرع تصدى محكمة النقض لموضوع الدعوى والحكم فيها الا اذا كان سبب النقض هو الخطأ في تطبيق القانون ، لأن الحكم في الموضوع يقتضى تطبيق القانون على الوقائع الثابتة في الحكم المطعون فيه ، ولا يتصور امكان هذا التطبيق اذا كان الحكم مشوبا بعيب جوهري أو كانت اجراءات تحقيق الدعوى السابقة لصدوره باطلة بطلانا مؤثرا فيه .

ولا شك في أن اتجاه الرأى المتقدم محل نظر لأنه مصادرة على المطلوب وأخذ بنتيجة التفرقة لبناء ذات التفرقة^(١).

ولا يجوز عند تحديد ضابط قانوني أو رأى فقهي أن يتقيد الباحث ويكيف القاعدة لتتمشى نتيجتها مع نص قانوني معين ، لأن مواد القانون محل تغيير وتبديل بحسب الاعتبارات العملية التي تبررها . أما القواعد القانونية السليمة فانها ثابتة لا تخفل أيا كانت الاعتبارات .

وليس أدل على ما تقدم من أن المشرع في سنة ١٩٤٩ ألغى حكم المادة العاشرة من قانون انشاء محكمة النقض . وأجاز الطعن بالنقض في جميع الأحكام الانتهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية (م ٤٢٥) : ثم عاد الى حكمها من جديد بمقتضى القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢ م ٤٢٥ .

ثم ان من يتجه الى الرأى المتقدم لا يجوز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في صميم مسائل الحيازة ومسائل الاختصاص فحسب . بل يجوز أيضا في الأحكام الصادرة في المسائل المتفرعة عن القضية . كذلك التي تصدر في الدفع بعدم القبول أيا كان نوعه أو في التمسك بسقوط الخصومة عملا بالمادة ٣٠١ وما يليها ... الخ . وهذه المسائل هي الأخرى مما تفصل في أمثلها أحكام محاكم الاستئناف ويصل أمرها الى محكمة النقض^(٢).

واذن لا يتسق هذا القول مع ما تقدم عليه ، وبعبارة أخرى ، هذا القول الأخير سليم تؤيده محكمة النقض^(١) ، أما القول الآخر فهو محل نظر .

ومن ناحية أخرى ، لا يجوز المشرع لمحكمة النقض التصدى لموضوع الدعوى الا اذا كان صالحا للفصل فيه (م ٤٤٥) . ومعنى هذا أن المشرع يفترض مقدما في الأحوال التي ينقض فيها الحكم لمخالفته للقانون ألا تكون الدعوى في بعضها صالحة للفصل فيها .

خلاصة القول اذن أنه يشترط للطعن في الحكم المبني على اجراء باطل ألا تكون المحكمة المطعون في حكمها قد قضت بصحة الاجراء ثم أقامت حكمها على هذا القضاء ، والا فان مقصود المشرع يلتوى : وتحور القاعدة الى ما يفيد أنها تجيز الطعن استثناء في الحكم الصادر برفض الدفع بالبطلان ، وهذا ما لم يدر بخلد الشارع على ما قدمناه .

٤ - أن يبنى الحكم المطعون فيه على ذات الاجراء الباطل - أمثلة :

ليس يمكنى لالغاء الحكم الصادر في الدعوى أن يتخذ فيها اجراء باطل ، وانما يتعين أن يبنى الحكم في الدعوى عليه . ومن ثم اذا كان تقرير الخبير باطلا فان الحكم الصادر في الدعوى يعد صحيحا طالما انه لم يستند عليه ، واذا كانت صحيفة الطلب العارض باطلا فان الحكم الصادر فيه هو وحده الذي يكون قابلا للالغاء دون الحكم الصادر في الدعوى الأصلية .

وقد يكون الاجراء الباطل الذي بني عليه الحكم اجراء افتتحت به الخصومة التي انتهت به ، أو اجراء يتعلق بسيرها أو اثباتها ، أو قد يكون هذا الاجراء هو حكم باطل أو حكم بني على اجراء باطل .

واذا قضت المحكمة بصحة اجراء وكان ذات حكمها هذا باطلا - أو كان مبنيا على اجراء باطل - فان حكمها في الدعوى يكون قابلا للالغاء ، في الحالتين ، متى بني على الاجراء الباطل (وهو الحكم الباطل أو الحكم المبني

(١) نقض ٢ يونيو ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ١٥٧ ونقض ٧ فبراير ١٩٣٥ المحاماة ١٥

على اجراء باطل^(١) . فثلا اذا تمسك الخصم ببطلان صحيفة الدعوى (فى حالة من الأحوال التى لا يزول فيها البطلان بحضوره) أو اذا تمسك ببطلان أى اجراء من اجراءاتها ، وقضت المحكمة فى الموضوع دون التعرض للدفع ولم تشر فى أسباب حكمها الى ما يؤيد القضاء الضمنى برفض الدفع بالبطلان ، فان حكمها الضمنى بصحة الاجراء يكون باطلا لأنه قد خلا من الأسباب التى تؤيده^(٢) ، وهذا يستتبع بطلان الحكم فى الموضوع لأنه قد بنى عليه .

وإذا لم يتمسك خصم ببطلان اجراء قبل صدور حكم فى الدعوى بنى عليه ، وكان البطلان من النظام العام ، فان المحكمة تكون قد بنت حكمها على اجراء باطل ، لأن هذا البطلان لا يزول بزول الخصم عنه أو بعدم التمسك به ، ولأن المحكمة عليها أن تقضى به من تلقاء نفسها . واذن يكون حكمها قابلا للطعن لبنائه على اجراء باطل .

وإذا قضت المحكمة ببطلان اجراء معين ، ومع ذلك بنت حكمها فى الدعوى عليه ، فان هذا الحكم يعد صدر بناء على اجراء باطل^(٣) .

• — أن يكون الطاعن هو ذات الخصم الذى مسه الاجراء الباطل :

واضح أن الطاعن يتعين أن يكون هو ذات الخصم الذى مسه البطلان ، ذلك لأن علة الطعن هى فى الواقع تمكنه من التمسك ببطلان الاجراء حتى يهدر جميع الاحكام التى بنيت عليه . فثلا اذا توفى المدعى عليه أثناء نظر الدعوى ، ومع ذلك استمر خصمه يوالى اجراءاتها فى غفلة من الورثة فان هؤلاء وحدهم التمسك بالغاء الحكم الصادر عليهم لبنائه على اجراءات باطلة ، ولا يملك المدعى الذى لم يقم به سبب الانقطاع — فى المثال المتقدم — أن يتحدى بالبطلان المتقدم ليصل الى الغاء حكم صدر عليه .

(١) تنص المادة ١/٤٤٧ على أنه يترتب على نقض الحكم الغاء جميع الأحكام والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساسا لها .

(٢) أو قضت المحكمة بصحة الاجراء وانما حكمها بصحته بنى على اجراء باطل — كما اذا أخلت عند إصداره بحقوق المصوم أو الدفاع — فان حكمها فى الموضوع يعد مبنيا على اجراءات باطلة .

(٣) انظر رقم ٢٢

أما إذا كان بطلان الإجراء من النظام العلم ، فانه يجوز لكل خصم في الدعوى التمسك بالغاء الحكم الصادر مبنيًا عليه ، ذلك لأن هذا البطلان مقرر لمصلحة الكافة .

والحكم المبني على إجراء باطل يكون قابلاً للطعن بالنقض إذا كان صادراً من محكمة الاستئناف (م ٤٢٥) معدلة بالرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢ ، ويكون قابلاً للاستئناف استثناء^(١) ولو كان صادراً بصفة انتهائية^(٢) من المحكمة الجزئية أو المحكمة الابتدائية (م ٣٩٦ معدلة بالقانون رقم ١٣٧ لسنة ١٩٥٦)^(٣) .

٦ - أن يتمسك الطاعن بالبطلان قبل تعرضه للموضوع اللهم الا اذا كان البطلان من النظام العام :

فاذا استأنف المحكوم عليه الحكم ، استثناء ، وعملاً بالمادة ٣٩٦ ، وتعرض في الصحيفة للموضوع دون أن يتمسك بالبطلان - الذي هو الشرط الأساسي للاستئناف المتقدم - فانه لا يقبل ، لأن شرط قبوله عملاً بالمادة ٣٩٦ أن يكون الحكم باطلاً أو مبنيًا على إجراء باطل ، والمستأنف قد أسقط حقه في التمسك بهذا البطلان - عملاً بالمادة ٢٦ - اذ لم يتعرض له في صحيفة الطعن وتعرض لموضوع الدعوى . ومن ثم بعد الحكم أو الإجراء صحيحاً ، ومتى اعتبر كذلك فان الحكم يكون غير قابل للطعن ، اذ المفروض أنه قد صدر في حدود النصاب الانتهائي للمحكمة .

(١) كتاب نظرية الدفوع - الطبعة الثانية رقم ٣٢٠ وما يليه .

(٢) سواء بسبب قيمة الدعوى أم بسبب نوعها ، وسواء بناء على نص عام في قانون المرافعات أو نص خاص فيه أو في أي قانون آخر ، اذ المفروض أن حكم المادة ٣٩٦ استثناء من الأصل العام ، ويعمل به كلما كان الاستئناف في الأصل غير مقبول لسبب يتعلق بنوع القضية أو قيمتها ، اللهم الا اذا منح المشرع الطعن بلفظه كما هو الحال بالنسبة لقانون المساكن رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ .

(٣) راجع كتاب الدفوع - الطبعة الثانية - رقم ٣٢٠ ورقم ٣٢٠ ورقم ٣٢٠ (١) في تفسير المادة المتضمنة وفي تحديد ما يقبل الاستئناف من الأحكام عملاً بمقتضاها ، خاصة فيما يتعلق بأحكام المحاكم الابتدائية الانتهائية .

٦٨ — إذا لم يتوافر شرط من الشروط المتقدمة كان الطعن لبطلان الحكم أو لبنائه على إجراء باطل غير مقبول ، وكان على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها :

القاعدة أن الطعن في الحكم بسبب بطلانه أو بسبب قيامه على إجراء باطل لا يقبل إذا لم تتوافر الشروط المتقدمة ، سواء أكان هذا الطعن بطريق النقض أم بطريق محكمة الطعن مكلفة من تلقاء نفسها بالتحقق من توافر شروط الطعن باعتباره حالة استثنائية وأن المشرع ما أجاز التظلم من الحكم بطريق طعن عادي أو غير عادي إلا على سبيل الاستثناء^(١) .

والجدير بالذكر أن المحكمة الاستئنافية لا يطرح عليها موضوع الاستئناف عملاً بالمادة ٣٩٦ إلا إذا استبانت أولاً أن الحكم المستأنف باطل أو مبنى على إجراء باطل مهتدي بالضوابط المتقدمة .

خاتمة :

وبعد ، إذا كان تسبب الأحكام يتطلب من القضاة جهداً كبيراً ، فضلاً عما يستنفذه من وقت ، وإذا كان قد اتجه رأى يرى إلى تحريمهم من تلك المهمة الشاقة اكتفاء بإيراد وجهة النظر بإيجاز دون حاجة إلى سرد كل ما تعلق بواقع الدعوى ، فأننا مع هذا نؤكد أن مهمة تسبب الأحكام يتعين أن تتم على وجهها الأكمل ، لأن هذا التسبب هو مظهر قيام القاضي بعمله ، وبه وحده يسلم من مظنه التحكم والاستبداد ، ويرتفع عنه الشك والريب والشبهات ، فضلاً عن أنه يمكن محكمة النقض من الإشراف على صحة تطبيق القانون وتقرير المبادئ القانونية الصحيحة وتثبيت القضاء بصدها . فيجب إذن أن تكون أسباب الحكم صورة لما اختلج في نفس القاضي عند إصداره تفصح في ذاتها عن سبب النطق به ، وذلك حتى يصدر الحكم ناطقاً بعدالته وموافقته للقانون .

وإذا كان قضائنا قد أرقهم الجهد لكثرة القضايا المطروحة عليهم ، فمن الواجب أن يكون العلاج هو العمل على زيادة عددهم ، ومن الخطر معالجة الأمر بتيسير جهدهم عند الحكم ، إذ أن هذا يمس فن القضاء ، ويمس العدالة في الصميم ويهدرها .

(١) راجع دراسة تفصيلية لهذه القاعدة في كتاب نظرية الأحكام رقم ٤٥٥

نظام الأموال بين الزوجين

في صلتها ببعض نواحي نظريتي الحق الشخصي والحق العيني

للمؤستاذ الدكتور حسن بقرادى

المعيد السابق لكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية والمتدرب للتدريس بقسم الدكتوراه بها

إذا كان توحيد القضاء قد تم بإلغاء المحاكم الشرعية ومحاكم الطوائف غير الإسلامية فلمثل هذا التوحيد أثر محقق بالنسبة الى وحدة التشريع بوجه عام ووحدة القانون المدنى بوجه خاص ، فتوحيد القضاء هو السبيل العملى الى توحيد القانون . ولن يحول دون هذا التوحيد حائل من عقيدة أو تقليد .

ففى نطاق العقائد لا يصح فى النظر أن تدمغ مصر بالتفريط حيث تم لدول أوروبا التى كانت وما زالت معقلا للديانات غير الإسلامية توحيد التشريع واعتباره رباطا جامعا للروابط القومية لا يقل أثره عن وحدة الثقافة فى تشخيص قومية الدولة وشخصيتها .

وفى نطاق التقاليد لم يكن للتشريع الإسلامى الذى كان موطنه للقواعد العامة فى مسائل الأحوال الشخصية طابع دينى بل أن هذا التشريع كان يعتبر تشريعا للدولة وإن كان قد نما وتطور فى إطار من المبادئ الخلقية المستمدة من الدين فى بعض نواحيه لا فى كل هذه النواحي ، ولذلك قضت المحاكم المختلطة قديما بأن سريان أحكام الشريعة الإسلامية مثلا على غير المسلمين فى الموارث أو سريان الشريعة الإسلامية مثلا عليهم فى الزواج عند اختلاف الدين أمر مقرر فى التقاليد باعتبار أن هذه وتلك ليست من الأحكام الدينية . بل أن تقاليد الحضارة الحديثة التى تسربت الى مصر واستقرت فيها منذ أن بدأ الإصلاح القضائى تتجه اتجاها واضحا الى المبادعة بين القانون والدين .

ولذلك تكون وحدة التشريع قد خرجت عمليا الى حيز التنفيذ وستتم هذه الوحدة إن عاجلا أو آجلا دون أن يكون للنقد أو لتعصب القدماء أى أثر اللهم الا تعويق هذا التطور الطبيعى تعويقا لن يطول أمده على وجه التحقيق .

ويبدو أن توحيد القضاء ، وتوحيد التشريع كنتيجة لوحدة القضاء ، سيكون من شأنه إعادة النظر في مضمون القانون المدني المصرى وفى تبويبه ، هذا القانون المدني قد أصبح يحكم عاملين طارئين عنوانا لا يعبر تعبيرا صحيحا عن الحقيقة ، ذلك أن التقنين المدني المصرى الجديد قد صدر سنة ١٩٤٨ خلوا من كل ما يتصل بحالة الاشخاص وأهليتهم ونظام الموارث والوصايا فيها عدا بعض أحكام جزئية انتشرت فى اعطافه دون أن تفرد لها فصول خاصة على غرار ما هو حادث فى التقنينات الأجنبية .

وقد حدث منذ اصدار هذا التقنين أن ألغيت المحاكم الحسبية ونقلت ولايتها الى المحاكم الوطنية ، وقد صدر فى الوقت نفسه تشريع موضوعى جامع تضمن تقنيننا كاملا للقواعد المتعلقة بأهلية الأشخاص وبالوصاية والقوامة والحجر بوجه عام ، بل وصدر تشريع آخر فى شأن تنظيم الولاية على النفس . وما من شك أن هذين التشريعين ينبغى أن يحلا محلهما من أحكام التقنين المدني الجديد ، وأن يفتح لهما حيزا بين دفتيه .

ثم أنه على أثر توحيد القضاء لابد أن ينتهى الأمر الى تقنين حائز لقواعد الأحوال الشخصية وبوجه خاص ما يتعلق بالزواج وروابط الأسرة . فإذا أضيف الى ذلك أن هناك تشريعين عامين فى مسائل الموارث والوصايا كان الواجب أن يتجه التفكير جديا الى إلحاق أحكام هذين التشريعين وأحكام ما يصدر من تشريعات فى شأن الزواج وروابط الأسرة بالتقنين المدني نفسه . ولئن استغرق الأمر جهدا كبيرا ففى الوسع أن يعاد النظر فى التشريعات التى تقدم ذكرها لأحكام التنسيق بينها وبين قواعد التقنين المدني حتى يتسنى أن يفرغ لها جزء خاص فيه .

ومهما يكن من أمر فسيمكن استكمال أحكام القانون المدني من حيث الشكل ، فمن الواضح أن قواعد الأحوال الشخصية سواء أكانت مستقاة من الفقه الاسلامى أم من أى مصدر آخر تعتبر جزءا لا يتجزأ من أحكام القانون المدني ، ومن الواجب أن تكون دراسة تلك الأحكام - أى أحكام الأحوال الشخصية - داخلة فى نطاق دراسة القانون المدني حتى تخضع لأساليب الدراسة الحديثة وحتى تتكشف نواحي الاتصال بينها وبين أحكام

المعاملات بصورة أوضح وأجندى على الفقه . ولعل هذا الأسلوب أجزل نفعا وأكثر فائدة لمستقبل الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامى نفسه ، فقد آن الأوان لأن تم دراسة هذا الفقه على أسس حديثة تحكم الصلة بينها وبين التطور الحديث على نحو يمكن للباحثين من الكشف عن مكانة الفقه الاسلامى الحقيقية فى نطاق التشريع المقارن ، وهى مكانة رفيعة ينبغى أن تكون محلا لعناية خاصة ، ويمكن بذلك التمهيد للتطور بأحكام الشريعة الاسلامية تطورا يرد إليها حياتها الشرعية وتستمد منزلتها من استجابتها لحاجات الماضى بقدر استجابتها لحاجات الحاضر والمستقبل .

ولذلك قد يكون من المناسب أن تتجه دراسات القانون المدنى فى نطاق التخصص الى بعض نظم الأحوال الشخصية التى قد تعين فى توجيه التشريع المصرى فى المرحلة الراهنة وتعين على كشف الصلة بوجه خاص بين روابط الأحوال الشخصية ونظريتي الحق العينى والحق الشخصى . وقد يكون من المناسب كذلك أن نبدأ بنظم الأحوال الشخصية المتصلة بالمال وأن نبدأ بوجه خاص بدراسة النظام المالى بين الزوجين دراسة تتحدد حدودها فى نواح ثلاث :

(أولا) فى ناحية أولى يعتبر تنظيم الروابط المالية بين الزوجين من المسائل الاجتماعية التى تثار فى الوقت الحاضر فى صورة ضمنية دون أن تعرض على الرأى العام عرضا صريحا واضحا يكفل مواجهة المشاكل التى يمر بها نظام الزواج فى مصر وتعانى منها الروابط المالية بين الزوجين . فما تزال مشكلة الادارة المالية بين الزوجين فى مصر مشكلة غير مستقرة . وما تزال هذه المشكلة مثار قلق اجتماعى يتبدى للنفوس وتنعكس آثاره فى الجماعة دون أن يصور تصورا واضحا مستقرا . ربما كان التطور الذى طرأ على مركز المرأة المصرية فى الوقت الحاضر هو الباعث الحقيقى لوجود المشاكل التى تقدم ذكرها ، فقد بدأت المرأة تدخل ميدان الحياة العملية ، وبدأت تتكسب من عملها ، وبدأت تفقد استقلالها المالى الذى كلفته أحكام الشريعة الاسلامية . وقد اقترنت بهذه الظاهرة ظواهر أخرى تكشف عن اخفاق كثير من الزوجات من جراء اغفال تنظيم الروابط المالية بين الزوجين . كما أن مستقبل المرأة لم يعد مكفولا

مع اباحة حق الطلاق على نحو لا يؤهلها لأن تعلمن الى حسن استعمال هذا الحق وتفادى معقباته . ولذلك ينبغي أن يكون النظر في نظم الأموال الزوجية في التشريع المقارن سبيلا الى تدبير حلول نواجه بها طائفة جسيمة من المشاكل سوف يزداد عددها فيما بعد . وبراى أن الدراسة المقارنة لا يقصد منها الى نقل النظم الغربية كما هى بل يقصد منها الى انشاء نظام يتلاءم مع البيئة المصرية وطبيعة الروابط الزوجية فيها .

(ثانيا) ومن ناحية ثانية يلاحظ أن دراسة نظم الأموال الزوجية تعتبر في ذاتها مقصدا له كيان خاص بسبب وجود جاليات أجنبية في مصر متعددة وبسبب تعدد الأقضية والمنازعات الخاصة بهذه الجاليات ، ولذلك طرحت على المحاكم المصرية دعاوى متعددة متعلقة بنظم الأموال بين الأزواج الأجانب وطلب الى القضاء المصرى تطبيق القوانين الأجنبية في شأنها ، وما من شك في أن الالام يمثل هذه النظم يسر للقاضى سبيل الفصل في الخصومات وهو يعد يفتح لكل مشتغل بالقانون آفاقا جديدة من الثقافة .

(ثالثا) ويلاحظ من ناحية ثالثة أن الفقه المصرى كان يعنى بدراسة نظريتي الحق العيني والحق الشخصى بمغزل عن دراسة نظم الأحوال الشخصية وبوجه خاص نظام الأموال بين الزوجين . والواقع أنه توجد صلات متفرقة بين نظام الأموال بين الزوجين وبين نظريتي الحق العيني والحق الشخصى . ولذلك ينبغي في نطاق التخصص الالام بنظم الأموال الزوجية لانهارة السبيل الى فهم بعض جوانب نظريتي الحق العيني والحق الشخصى فهما صحيحا .

[وفي نطاق هذه النواحي الثلاث تتمثل الأهمية العلمية لدراستنا].

• • •

نظم الأموال بين الزوجين

يقصد بنظام الأموال بين الزوجين مجموعة القواعد القانونية التى تتناول المصالح المالية بين الزوجين أثناء قيام الحياة الزوجية . فن الواضح أن الزواج لا ينشئ ارتباطا بين مصالح الزوجين في نطاق روابط الأسرة فحسب ،

وإنما هو ينشئ ارتباطاً آخر يتصل بمصالح الزوجين المالية الصرفة . ذلك أن العشرة الزوجية تستتبع اختلاطاً في هذه المصالح ، وهذا الاختلاط يتفاوت مداه بتفاوت التشريعات وتفاوت نظم أموال الزوجية في كل تشريع من هذه التشريعات .

ومن الخطأ أن نعتبر أن انفصال أموال الزوجين كما هو معروف في الشريعة الإسلامية ينفي كل تداخل بين هذه المصالح ، فمن المعلوم مثلاً أن ثمة قرائن تستخلص منها ملكية أحد الزوجين لمال معين ، ومن المعلوم أن القضاء قد ذهب في بعض أحكامه إلى عدم سريان التقادم بين الزوجين باعتبار أن رابطة الزوجية تعتبر من الموانع الأدبية ، ثم أن القانون المدني الجديد - شأنه شأن الشريعة الإسلامية - يعتبر رباط الزوجية مانعاً من موانع الرجوع في الهبة . وهذه وتلك مظاهر تقطع بأن اختلاط المصالح المالية بين الزوجين أمر لا معدى عنه .

على أن استقراء تاريخ التشريع واستقراء التشريع المقارن يدلان على أن اختلاط المصالح المالية بين الزوجين ضرورة تقتضى غير يسر من التنظيم . فمن عهد الرومان ظهرت فكرة الدوطة أو البائنة وهى المال الذى تقدمه الزوجة عند الزواج على أن يحبس عن التصرف ويحبس عن الحجز . وقد عني الرومان بأحاطة الدوطة بضمانات تكفل حفظها . وقد بقى هذا النظام إلى القرون الوسطى حيث ظهرت نظم أخرى بدأت تتكون مقوماتها إلى أن استوت في كثير من التشريعات في الدول الغربية في الوقت الحاضر . ففى فرنسا مثلاً توجد أربع نظم رئيسية لأموال الزوجين :

١ - نظام اشتراك الأموال .

٢ - نظام عدم الاشتراك في الأموال .

٣ - نظام البائنة أو الدوطة .

٤ - نظام فصل الأموال .

وفي سويسرا توجد نظم ثلاث :

١ - نظام اتحاد الأموال .

٢ - نظام الاشتراك في الأموال .

٣ - نظام فصل الأموال .

وفي الدول الانجلوسكسونية يقلب الأخذ بنظام فصل الأموال .
وفي دول أخرى توجد نظم وسطى بين نظم الفصل ونظم الاشتراك ،
بل وفي كل دولة من الدول التي أشرنا الى نظمها الرئيسية توجد نظم فرعية
تستمد مقوماتها من نظامين أو أكثر .

والأمر الجوهري في هذه النظم هو العناية بتقرير حق الزوج في ادارة
الأموال الزوجية والانتفاع بها ثم تقرير حق كل من الزوجين في ملكية
هذه الأموال .

على أن من الواجب أن ننبه من الآن الى أن مفهوم أموال الزوجية يختلف
باختلاف كل نظام مالى ، فلا يقصد بذلك الا الأموال التي يعتبرها النظام المالى
من أموال الزوجية دون غيرها . ولكل نظام مالى احكامه الخاصة في هذا الشأن .

هذا ، والجوهري في نظام الأموال الزوجية هو أن هذا النظام تسيطر عليه
قواعد أمرة في مجموعها . فهو نظام يتحكم فيه القانون بوصفه المصدر الأعلى .
ولكنه يخضع في تفصيلاته ، إما لاحكام العقد الذى يسمى بمشارطة أموال
الزوجية واما أن يخضع في هذه التفاصيل لاحكام القانون مباشرة . وعلى هذا
النحو يكون في الوسع أن نرد نظم أموال الزوجية الى مصدرين : العقد والقانون .

يبد أن من المشاهد أن العقد الذى يعقد في شأن نظام الأموال الزوجية
ليس من قبيل العقود التي تتمتع فيها الارادة بأكبر قسط من السلطان ،
وانما يكون للارادة نصيب ضئيل في هذا الشأن : اذ قل أن يجاوز دور الارادة
اختيار نظام من النظم التي يحددها القانون على سبيل الحصر ، وهذه حقيقة
أولى ينبغى الانتباه اليها ، فمن الخطأ أن تعتبر مشارطات أموال الزوجية عقودا
بالمعنى المتعارف من الاصطلاح العام ، وقد ظل هذا الخطأ قائما في القديم .

ومن الغريب أن فكرة سلطان الإرادة نشأت في فقه الأستاذ ديمولان عند تكييفه لنظام أموال الزوجية ، إذ اعتبر هذا النظام نظاما تعاقديا واعتبر أن الإرادة وحدها هي المصدر ، فذكر أن مشاركة أموال الزوجية هي أساس تنظيم الروابط المالية بين الزوجين ، وذكر أنه حيث يغفل الزوجان إنشاء مشاركة في هذا الشأن يكون قصدهما من ذلك هو اختيار النظام المقرر في القانون بمقتضى إرادة ضمنية .

ولكن هذا الرأي هجر في الفقه الحديث وأصبح من المقرر أن دور الإرادة يقتصر على مجرد اختيار نظام من النظم التي يقررها القانون من قبل ؛ وأنه حيث لا توجد إرادة تعبر عنها مشاركة أموال زوجية يكون المرجع في التنظيم حكم القانون وحده .

المصدر الأول اذن في تنظيم أموال الزوجية هو العقد . ولكن خيار الإرادة في هذا العقد ضئيل ولا يقف الأمر في هذا الضيق على الإرادة عند الحد الذي تقدمت الإشارة إليه ، وإنما هو يجاوز هذا الحد إلى ما هو أخطر ، على الأقل في بعض الدول ، حيث يوجد مبدأ آخر يقضى بعدم جواز تغير الاتفاقات الخاصة بنظم أموال الزوجية : وهذا المبدأ مطبق في فرنسا ولكنه غير مطبق في سويسرا . ففي فرنسا يتضح أن المبدأ المتقدم ذكره يورد قيلا آخر على حرية التعاقد وأعمال سلطان الإرادة . ذلك أن القواعد العامة تقضى بأن للعاقدين أن يتفقا على تعديل عقدهما ولا جناح عليهما أن فعلا ذلك ما دام التعديل غير مخالف للنظام العام .

فمشاركة أموال الزوجية أو ما يعبر عنه بعقد الزواج *contrat de mariage* تعتبر تعاقدًا من طبيعة خاصة وتعتبر مصدرا لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين في الحدود التي يقررها القانون .

أما المصدر الثاني لهذا التنظيم فهو القانون ذاته ؛ فالقانون من ناحية يعتبر مصدرا مباشرا لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين حيث تجرى التشريعات الغربية على وضع نظام خاص بأموال الزوجية يفرض على الزوجين عند عدم وجود مشاركة لأموال الزوجية ، ويسمى مثل هذا النظام بالنظام القانوني ،

أو النظام صاحب الولاية العامة . وقد حدث هذه الظاهرة بالفقه القديم الى اعتبار النظام القانوني نظاما تعاقديا رغم أن القانون يفرضه ، وكان سند الفقه في ذلك أن احجام الزوجين عن انشاء مشاركة مالية يحمل على انهما ارتضيا باختيارهما الضمني الخضوع للنظام المقرر في القانون . ولكن هذا التحليل غير صحيح كما تقدم بيانه ، ذلك أن القانون هو الذي يفرض نظاما على الزوجين عند عدم وجود مشاركة ولو لم يختر الزوجان أى حكم من الأحكام . ثم أنه يلاحظ في النظام القانوني أنه يتضمن توازنا يقيمه القانون بين مصالح الزوجين وفقا لتقديره هو لا لتقدير الزوجين لهذه المصالح ، ولذلك يسرى النظام القانوني بسائر أجزائه ما دام الزوجان لم يتفقا على انشاء مشاركة أموال زوجية .

هذا ويلاحظ أن القانون يعتبر من ناحية أخرى مصدرا غير مباشر لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين حتى في حالة وجود مشاركة أموال زوجية ؛ لأن القانون هو الذى يعين مضمون كل نظام من النظم الاتفاقية أو هو الذى يعين بعبارة أخرى نماذج لتلك النظم الاتفاقية التى يختارها العاقدان مع تحويلهما حق التعديل عند الانشاء في حدود ضيقه .

وسواء كان مصدر تنظيم أموال الزوجية هو الاتفاق أو القانون ، فكل هذا التنظيم يقتضى تعمقا في دراسة طبيعة الاتفاق ، وفي دراسة أثر أحكام القانون أو العقد في ملكية كل من الزوجين ، وفي حدود حقه في الانتفاع وفي مسؤوليته في ذمته المالية ، وفي تعيين حقوق الدائنين على المال ، وفي تكييف حقوق ذوى الشأن كافة في هذا المال .

منهج الدراسة

وستتناول دراسة النظام المالى للزوجين في صلتها ببعض نواحي نظريتي الحق العيني والحق الشخصى في قسمين :

١ - في القسم الأول نعرض لدراسة النظام المالى للزوجين في نطاق التشريع المقارن ، فنتناول بالبحث نظام أموال الزوجية في فرنسا باعتبارها بمثابة للنظم اللاتينية ، ثم نتناول نظام أموال الزوجية في سويسرا باعتبارها بمثابة للنظم الجرمانية ونخرج من ذلك بمقارنة بين النظامين .

٢ - وفي قسم ثان نقوم بدراسة نظام أموال الزوجية في القانون المصري
فنعرض للنظام الاسلامى كما نعرض للنظم التى تطبقها الطوائف غير الاسلامية.
وفضلا عن ذلك نفرد بحثا خاصا لكيفية تطبيق نظم أموال الزوجية
الأجنبية في مصر ، ونخرج من هذه الدراسة ببعض ملاحظات أو توجيهات
في الإصلاح .

القسم الأول

في نظم أموال الزوجية في التشريع المقارن

سنناول في هذا القسم دراسة التشريع الفرنسى ونعقبه بدراسة التشريع
السويسرى .

الباب الأول

في التشريع الفرنسى

مر التشريع الفرنسى في تنظيم أموال الزوجية بمراحل متعددة . وقد انتهى
في الربع الثانى من هذا القرن الى تطور يكاد يبلغ مبلغ العنف . ويتمثل
هذا التطور في الاعتراف للمرأة بكيان مستقل . ولذلك كان الزوج في ظل
قواعد التشريع الفرنسى قبل تطورها هو المهيمن بوجه عام على أموال الزوجية
ولكن ظهر مبدأ آخران :

أولهما : مبدأ تحرر المرأة وتمتعها بالأهلية القانونية بعد أن كانت قبل
التطور الأخير محرومة منها . وقد استتبع وجود هذا المبدأ تمتع الزوجة بحق
التصرف فيما هو من مالها .

ثانيهما : مبدأ استقلال الزوجة بما يعود عليها من كسبها هي فيما لو كانت
تكسب من عملها .

ولكن التعديلين المتقدم ذكرهما لم يستتبعا الانتقاص من مركز الزوج
بوصفه قواما على شئون الأسرة أو بوصفه رئيسا للأسرة على حد تعبير
الاصطلاح المستعمل في فرنسا ، فرياسة الزوج للأسرة تعتبر مبدأ من المبادئ

الأمرة للتشريع الفرنسي ، وقد فرعوا على ذلك أنه لا يجوز المساس بالاحكام المترتبة على هذه الرئاسة ولو بمقتضى اتفاق خاص يرم قبل اتمام الزواج . والواقع أن رئاسة الزوج للأسرة لا تزال في كثير من الدول من أبرز المميزات التي يعتد بها التشريع في نطاق الروابط المالية بين الزوجين .

وفي ضوء ما تقدم سنعرض :

(أولاً) لكيفية انشاء نظام الأموال بين الزوجين في فرنسا بمقتضى ما يسمى بمشارطة الزواج أو عقد أموال الزوجية .

(ثانياً) ثم نعرض بعد ذلك لنظم أموال الزوجية سواء منها النظام القانوني الذي يطبق عند عدم وجود مشارطة لأموال الزوجية أو النظم التي تتوقف على انشاء مشارطة خاصة .

المبحث الأول

في مشارطة الأموال الزوجية

إذا لم ينشئ الزوجان مشارطة قبل انعقاد الزواج سرى عليهما النظام القانوني وهو في فرنسا نظام الاشتراك في الأموال الذي يشمل المنقولات والأموال العقارية التي تكتسب بعوض خلال الزوجية . أما إذا أنشأ الزوجان مشارطة أموال الزوجية فتل هذه المشاركة تعتبر دستوريا لها في تنظيم علاقاتها المالية . ولذلك جرى الفقه على تعريف مشارطة أموال الزوجية بأنها عقد يتم بين الزوجين قبل انعقاد الزواج بالأوضاع ووفقا للشروط المقررة في أحكام القانون . ويقصد من هذا العقد الى تنظيم الروابط المالية بين الزوجين أو بعبارة أدق الى تعيين النظام المالي الذي يتبع أثناء قيام الحياة الزوجية بينهما .

وبين من هذا التعريف أن مشارطة الزوجية عقد ولكنه عقد من طبيعة خاصة ، وبين كذلك أن لهذا العقد موضوعا أو محلا خاصا . وسنتناول فيما يلي هذه المسائل الثلاث :

فشارطة أموال الزوجية عقد لو أريد من اصطلاح العقد الى التعبير عن كل تصرف ينشأ بإرادة عاقيه ، ففي هذه الحدود ينبغي أن يصدر رضاء من الزوجين ، وهذا الرضاء يكون ممثلا لتتلاق ارادتين ، فإذا لم يراضى

الزوجان على الأخذ بنظام معين فلا مشاركة هناك . وبذلك يجب أن يسرى في حقهما النظام المقرر في القانون . ففي حدود اشتراط تلاقى الإرادتين يجب أن يتوافر هذا التلاقى في مشاركة أموال الزوجية ويجب تبعا لذلك أن تطبق في شأن هذه المشاركة القواعد العامة المتعلقة بالرضاء والأهلية ، وإن كانت هذه القواعد تعدل من الناحية النظرية والعملية وفقا لأحكام القانون الخاصة أو وفقا لظروف الواقع . ومؤدى هذه الفكرة الأولى أنه إذا انعدمت الإرادة وتمثل انعدامها في صورة من صور البطلان اعتبرت مشاركة أموال الزوجية كأن لم تكن وخضع الزوجان للنظام القانوني . هذه ناحية .

أما الناحية الثانية فتتصل بموضوع أو محل المشاركة ، وفي حدود هذه الناحية يصعب اعتبار مشاركة أموال الزوجية عقدا ، ذلك أن قوام العقد هو حرية الإرادة أو سلطانها في تعيين مضمون العقد والحال ان الإرادة في مشاركة أموال الزوجية لا يعدو دورها اختيار نموذج من النماذج المبينة في أحكام القانون مع ادخال تعديلات طفيفة لا تمس الجوهر . ولهذا يجمع الفقهاء في فرنسا على أن مشاركة أموال الزوجية لا تعتبر عقدا لأن الإرادة لا تتمتع فيها بحرية التعاقد وهم يشبهونها بعقود الشركات ، فالعقد في شركة المساهمة مثلا يوقع عقدا ابتدائيا أو نظاميا يكاد يتكفل القانون بتعيين مضمونه على وجه الدقة . ولذلك يمنع الفقه الى اخراج مشاركة الزواج وعقد الشركة من نطاق العقود ، لا على أساس أن تلاقى الإرادتين غير لازم لهما ، اذ من الواضح أن هذا التلاقى ضرورة لا معدى عنها ، وإنما على أساس انتفاء حرية الإرادة في تعيين مضمون العقد أو موضوعه ، فالقانون هو الذي يعين من قبل هذا المضمون وهو الذي يتكفل بمقتضى أحكامه بإقامة التوازن بين مصالح العاقدين . فكان الدور الذي تقوم به إرادة المتعاقدين ينحصر في اختيار ما ارتضاه القانون للعاقدين من قبل . وبديهي أن وضع العقود الأخرى يختلف عن ذلك كل الاختلاف ولهذا يسمى الفقه مشاركة أموال الزوجية بالعقد النظامي *contrat statutaire* أو العقد التوفيقى .

وأول ما يصادف من قيود ترد على سلطان الإرادة في تعيين مضمون عقد الزواج أن العاقدين لا يملكان الاتفاق على استبعاد النظام القانوني فحسب ، فإن اتفاقا على ذلك ووفقا عند هذا الحد دون اختيار نظام آخر لأموال الزوجية ،

كان اتفاقهما باطلا لمخالفاته للنظام العام ، اذ هو يستتبع استبعاد النظام القانوني ، واستبعاد كل نظام اتفاق آخر ، وهذا يؤدي عملا الى أن تظل المصالح المالية فيما بين الزوجين بمعزل عن كل تنظيم .

ثم ان من المقرر كذلك أن مشاركة الأموال الزوجية لا يجوز أن تتضمن أى مساس بسلطة الزوج باعتباره رئيسا للأسرة ، ولا يجوز أن تتضمن أحكامها تغييرا من نظام التوارث بين الزوجين أو تغييرا من أحكام الولاية أو الوصاية أو تحالف القواعد الآمرة في نظم الزواج أو قواعد النظام العام وحسن الآداب بعبارة عامة .

فاذا وضحت هذه الحقيقة ظهر أن الإرادة في نطاق مشارطات الزواج لا تتمتع بالبحرية اختيار أنموذج من النماذج المقررة في القانون دون أن تتمتع بحرية تعديل أحكام هذا الأنموذج أو الإضافة إليها على وجه يخل بالقواعد الآمرة المقررة في القانون . على أن هذا لا ينفي أن للعاقدين أن يضيفا الى مشاركة أموال الزوجية أحكاما أخرى ، فن قيل ذلك مثلا أنه يجوز أن تضاف أحكام تتعلق بالتبرعات بين الزوجين أو أحكام تتعلق بتبرعات الغير للزوجين ، وبديهي أن ما يضاف الى المشاركة مما لا يعتبر من جوهرها يخضع لأحكام القواعد العامة .

وخلاصة ما تقدم أن مشاركة أموال الزوجية تصرف قانوني ينمقد بارادتين ، ولكنها لا تعتبر من الطراز المألوف في العقود : اذ هي عقد من طبيعة خاصة بالنظر الى كيفية انعقاده وبالنظر الى تحديد مضمونه حيث ينحصر موضوع المشاركة في اختيار نظام لأموال الزوجية ، عدا النظام القانوني الذي يسرى عند احجام الطرفين عن الاختيار .

تبعية المشاركة :

على أن أهم ما يراعى في هذا العقد في القانون الفرنسي هو صفة التبعية . فمشاركة أموال الزوجية ينفي أن تم قبل انعقاد الزواج ؛ ويقال أنها في بقائها متفقة على وجود الزواج ، أى أنها تنمقد مع تفاهم العاقدين ضمنا على أنها لا تبقى الا اذا تمت الزوجية . ويترتب على ذلك أنه اذا لم يتم الزواج تسقط

مشاركة أموال الزوجية وتعتبر كأن لم تكن . ولا يهم في هذا الشأن أن تطول المدة التي تنقضى بين انعقاد مشاركة الزواج وانتهاء الزواج نفسه ، فطول هذه المدة أو قصرها ليس بدى بال . وإنما تعتبر المشاركة ساقطة متى ظهر اعراض الطرفين عن الزواج بشكل واضح ، فان استمرت المشاركة قائمة دون أن يبذروا من الطرفين اعراض عن الزواج اعتبرت موجودة . على أن اشتراط انشاء المشاركة قبل اتمام الزواج وان بدى غريبا ، إلا أن في ظروف القانون الفرنسى ما يفسره ، فالقانون الفرنسى يتبع مبدأ عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجين أثناء قيام الزوجية . فاذا لم ينشئ الزوجان مشاركة أموال الزوجية قبل الزواج حل ذلك منهما على الرغبة في الخضوع لنظام أموال الزوجية القانونى ، وبذلك يمتنع على الزوجين أن يعدلا هذا النظام القانونى بمشاركة زوجية يتم انشاؤها فيما بعد .

هذه هي القاعدة في القانون الفرنسى . ولكن قاعدة اشتراط وجوب انشاء مشاركة أموال الزوجية قبل اتمام الزواج لا تخلو من تعقيد ، وهذا التعقيد نصادفه في ناحيتين :

ففي ناحية أولى قد تنشأ مشاركة الزوجية ولا يتم الزواج . وفي هذه الحالة تسقط المشاركة على الوجه الذى تقدم بيانه من قبل ، إلا أن الذى يسقط من هذه المشاركة هو ما يتعلق على وجه التخصيص والافراد بنظام أموال الزوجية أو ما يعتبر متصلا بهذا النظام اتصال تلازم . أما ما عدا ذلك مما قد يرى الزوجان المقبلان ادخاله في مشاركة الزوجية فيبقى دون أن يتناوله سقوط . أما بوصفه اقرارا صادرا من جانب واحد حيث ثبت الأثر القانونى لهذا الاقرار بمجرد الادلاء به . وأما بوصفه تعاقدا عاديا تم بين الطرفين . فمن ذلك مثلاً أن الزوج المقبل الذى يقر بنسب ولد طبيعى في المشاركة يعتبر اقراره مقيدا له رغم سقوط المشاركة وعدوله عن الزواج باعتبار أن هذا الاقرار منفصل عن نظام الأموال وباعتبار أن هذا الاقرار يلزم المقر متى توافرت فيه شروط صحته . وقد قضى القضاء الفرنسى بذلك .

وكذلك الشأن فيما لو كانت مشاركة أموال الزوجية قد تضمنت اتفاقا على أمر آخر غير متصل بأموال الزوجية نفسها كصلح تم بين الطرفين على كف منازعة أحدهما في حق ارتفاق كان يطالب به الطرف الآخر .

ففى هذا المثال وسابقه لا يؤثر سقوط مشاركة أموال الزوجية فى بقاء
الاقرار أو الشرط الذى لا يتصل بنظام أموال الزوجية . وتعتبر هذه النتيجة
مجرد تطبيق لنظرية اقتصار التصرفات ، وتسمى أحيانا نظرية انتقاص التصرفات .

ومن ناحية أخرى تعرض صعوبات مردها تراخى انعام الزواج فى الزمن
بعد انشاء مشاركة أموال الزوجية ، فقد تنقضى فترة طول أو تقصر
على حسب الأحوال . فمن أى وقت ترتب مشاركة أموال الزوجية آثارها
عند انعام الزواج ؟ أتترتب هذه الآثار من وقت انشاء المشاركة أم أنها
ترتب من وقت تمام الزواج ؟ .

انقسم الفقه والقضاء الفرنسى قديما الى رأيين ، ورجع فى الفقه القديم
رأى القائلين بأن المشاركة تترتب آثارها من وقت انشائها ؛ بمعنى أنه عند
ما يتم انشاء الزواج وترتب المشاركة آثارها القانونية تستند هذه الآثار الى الماضى
والى وقت انشاء المشاركة على وجه التحديد . ويشبه هذا رأى رأى القائلين
بأنه متى تم تسجيل عقد البيع وانتقلت الملكية فان هذا الانتقال يستند
الى وقت انشاء البيع . وأصحاب فكرة الأثر الرجعى فى مشاركة أموال الزوجية
يستندون الى أن هذه المشاركة معلقة على شرط واقف هو انعام الزواج ،
فان تم الزواج ترتب آثار المشاركة من جراء تحقق الشرط واستندت تلك الآثار
أو ارتدت الى الماضى ؛ ولذلك يفترض أنها ترتبت من وقت انشاء مشاركة
أموال الزوجية . الا أن هذا رأى أصبح معولولا عنه .

فالواقع أن الاستناد الى فكرة الشرط استناد غير صحيح وغير لازم :
فهو غير صحيح من حيث الواقع باعتبار أن الأثر الرجعى للشرط لا يعدو
أن يكون افتراضا يبنى فى القليل أن يتمشى مع مقصود العاقدين ، والحال
أن العاقدين لم تنصرف ولا يمكن أن تنصرف نيتهما الى ترتيب آثار المشاركة
الا عند انعام الزواج ، أما قبل ذلك فهما يعلمان أنها لا ترتب أثرا ويقصدان
الى ذلك . فضلا عن أنه يلاحظ أن نظام أموال الزوجية شرع لتنظيم الروابط
المالية بين زوجين ، والأخذ بفكرة الأثر الرجعى لمشاركة أموال الزوجية
يترتب عليه اعتبار الزواج تاما من حيث الآثار المالية فى وقت سابق على انعام

العقد . ومن ناحية أخرى فالاستناد الى فكرة الشرط غير لازم لأن المفروض أن هذه الفكرة لا يلجأ اليها الا لتفسير نتائج معينة وهذه النتائج في الوسع أن تستند الى تفسير آخر لا حاجة فيه الى الاستعانة بفكرة الأثر الرجعي للشرط .

ولذلك اتجه الفقه الحديث في فرنسا الى العلول عن الرأى الأول . ويكاد يجمع الفقهاء الحديثون على أن انمام الزواج هو الذى يعتبر تاريخاً لبداية ترتيب آثار مشاركة الزوجية دون أن تستند هذه الآثار الى الماضى . الا أن الفقه الحديث لا يزال مضطرباً في شأن مسألتين : الأولى في تفسير هذا الرأى ، والثانية في الاستثناءات التى ترد على هذا الرأى وهى استثناءات أقرها القضاء رغم انتقاد الفقه :

ففيما يتعلق بالمسألة الأولى يذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين الى أن مشاركة الزوجية تعتبر من حيث الآثار مضافة الى أجل لا معلقة على شرط ، الا أنه يلاحظ على هذا الرأى أن الأجل أمر مستقبل محقق الوقوع مع أن انمام الزواج أمر احتمالى وإن غلب بين طرفي المشاركة انمام الزواج .

ولذلك لا يستقيم الرأى الثانى على أساس الأجل الواقف وانما يستقيم هذا الرأى على أساس تراضى طرفي الرابطة على ارجاء تنفيذها الى الوقت الذى يتم فيه ابرام عقد الزواج بين الزوجين ، فقل هذا التفسير الذى يستند الى نية المتعاقدين هو الذى يتمشى مع الواقع ، وهو التفسير الذى نصادف نظيراً له في حالات أخرى تتصل بنظرية العقد أحصها حالة الكفالة . فن يكفل مديناً في ظل القانون المدين الجديد تعتبر كفالته موقوفة الى أن يتم تنفيذ القرض فيما لو كان هذا المدين مقترضاً . فان لم يتم تنفيذ القرض أضحي الزام الكفيل ساقطاً ، وأن تم تنفيذه رتبت الكفالة آثارها من وقت هذا التنفيذ ، ولذلك تكون القاعدة العامة هي أن مشاركة أموال الزوجية لا ترتب آثارها الا من الوقت الذى يتم فيه الزواج .

أما المسألة الثانية التى اضطرب الفقه الفرنسى في شأنها فتتصل بالاستثناءات التى ترد على القاعدة العامة التى تقدمت الاشارة اليها ، فرغم وضوح هذه القاعدة لم يتردد القضاء الفرنسى في اقرار استثناءات لها ، وأخص هذه الاستثناءات هي الهبات التى تنص عليها المشاركة ، فهذه الهبات تعتبر

مرتبة لآثارها من وقت انعام المشاركة ، سواء في ذلك الهبات الصادرة من الغير أو الصادرة من أحد الزوجين للآخر . ولم يتردد القضاء في ترتيب آثار الهبات من وقت انشاء المشاركة رغم أن الفقه يجمع على أن المشاركة لا ترتب آثارها الا من وقت انعام الزواج .

والواقع أنه لا يوجد تلازم بين ترتيب آثار النظام المالى من وقت انعام الزواج وبين ترتيب الهبة لآثارها عند انعقادها ، وكل ما هنالك أن الهبة - وهي تصرف قد يقع بمناسبة الزواج وقد يقع في غير ذلك من مناسبة - تعتبر موقوفة على شرط فاسخ هو تخلف الزوجين عن انعام الزوجية . فإذا تحقق الشرط ولم تم الزوجية فسخت الهبة ، وإذا تمت الزوجية تخلف الشرط وانصلت آثار الهبة وظلت قائمة .

وهذا استثناء أول شعبة القضاء باستثناء ثان يتعلق بالبائنة أو الدوطة . فقد استقر القضاء في فرنسا على أن الدوطة التي يتم انشاؤها بمقتضى عقد الزواج تعتبر مكتسبة لصفها هذه من وقت انشاء مشاركة أموال الزوجية لا من قبل . فالبائنة تعتبر من قبيل الأموال التي لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو انتقالها بطريق الميراث ، فهي مال محبوس وحبه هذا يترتب من وقت انشاء مشاركة الزواج .

والواقع أن مذهب القضاء الفرنسي في هذه المسألة يستند الى اعتبارات عملية ، فهو يتمشى مع مقصود العاقلين من ناحية ، وهو بعد يسر انعام الزواج ؛ اذ لو أخذ بغير هذا المذهب لرتب عليه احتمال الانتقاص من مال البائنة أو تعرضه للخطر ، وبذلك قد لا تتم الزوجية مع أن المقصود من انشاء مشاركة الزوجية هو التمهيد عملا لانعام الزواج .

بقى الاستثناء الثالث وهو ما يتعلق بالوكالة الخاصة التي تصدر من أحد الزوجين الى الآخر ، فهذه الوكالة يرتب القضاء كامل آثارها من وقت النص عليها في مشاركة نظام أموال الزوجية ، ولا يتبقى هذا الأمر الى ما بعد انعام الزوجية ، والاعتبارات العملية أيضا هي التي تبرر مثل هذا المذهب .

فما دام الطرفان قد تراضيا على الوكالة فالذى يغلب في مقصودهما هو أعمال أحكامها من وقت التراضي ولا خطر في ذلك لأن للموكل دائما أن يعزل الوكيل في أى وقت شاء ، ما لم تكن الوكالة مشروطة لمصلحة شخص ثالث أو لمصلحة الوكيل .

وفيما عدا هذه الاستثناءات تسرى القاعدة العامة بمعنى أن مشاركة أموال الزوجية لا ترتب الا عند اتمام الزوجية .

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن لاطلاق صفة التبعية على مشاركة الزوجية معنى آخر ، فالمشاركة تظل مرتبة لآثارها ما بقيت الحياة الزوجية قائمة ، فان انفصل رباط الزوجية بسبب الموت أو الطلاق أو بسبب صدور حكم بالطلاق ففي هذه الحالة تقف آثار المشاركة أو تعتبر ساقطة على حسب الأحوال ، ولا يخل هذا بتصفية العلاقات المالية بين الزوجين على أساس المشاركة أو على الأساس الذى يقرره القانون .

النواحي التى تختلف فيها المشاركة عن سائر التصرفات القانونية

بسطنا فيما تقدم تعريف مشاركة أموال الزوجية وعرضنا الخصائص المميزة لهذه المشاركة بوصفها تصرفا قانونيا . والآن نتناول النواحي التفصيلية في هذه المشاركة في حدود اختلاف هذه النواحي عن نظيرها بالنسبة لسائر التصرفات القانونية :

فالواقع أن مشاركة أموال الزوجية ترد فيها على الإرادة قيود متعددة لا نظير لها بالنسبة لسائر التصرفات القانونية العادية . ثم أن حرية الإرادة في تعديل مشاركة أموال الزوجية حتى برضاء الطرفين تكاد تكون معدومة بسبب مبدأ عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجية . وفضلا عن ذلك يلاحظ فيما يتعلق بأهلية المتعاقدين لانشاء المشاركة أن ثمة قواعد خاصة . فنأخذ الأهلية مثلا لا يستطيع أن يبرم المشاركة الا متى كان أهلا للزواج ومتى اشترك معه من يشترط القانون رضاه بالزواج .

وأخيراً يشترط في مشاركة أموال الزوجية أن تكون مفرغة في الشكل الرسمي ، فالرسمية ركن من أركانها . ويشترط فوق ذلك أن يتم شهر المشاركة باتباع اجراءات خاصة ، لأن أثر النظام المالى بين الزوجين لا يقتصر على الزوجين فحسب وإنما يؤثر في مصالح الغير وفي طليعتهم من يتعامل مع الزوجين وكذلك فريق الدائنين التى تثبت لهم ديون في ذمة كل من الزوجين .

فاذا انتهينا من عرض هذه الأحكام بقى أن نتناول بيان الجزاء الذى شرعه القانون لمخالفة القواعد الخاصة بصحة مشاركة أموال الزوجين .

وعلى هذا النحو نبدأ بالمسألة الأولى وهى الخاصة ببيان القيود التى ترد على سلطان الارادة عند ما يكون التصرف عبارة عن مشاركة أموال الزوجين .

القيود الواردة على سلطان الارادة عند انشاء المشاركة . .

فالبدأ المقرر في القانون الفرنسى هو مبدأ حرية الاتفاق في شأن مشاركات أموال الزوجية ، وقد تقدم ذكر ذلك ، بل أن مبدأ الحرية هذا يتعلق بالنظام العام فلا يجوز الحد منه أو الزول عنه ولو بمقتضى اتفاق خاص . ولكن لا يقصد من تلك الحرية أن للزوجين سلطاناً مطلقاً في تنظيم روابطهما المالية ، بل المقصود من ذلك هو حرية الزوجين في اختيار نظام من النظم التى يقررها القانون أو في اغفال الاختيار رغبة منهما في الخضوع لنظام أموال الزوجية القانونى . ويجوز أن يضاف الى ما تقدم أن اختيار نظام بعينه لا يعتر ضرورياً ؛ فحرية الاتفاق على النظام المالى تستتبع حرية الزوجين في الجمع أو في التوفيق بين نظامين أو أكثر ؛ فلا مانع مثلاً من اختيار نظام البائنة في جزء من الأموال واختيار نظام الاشتراك في جزء آخر ، والمهم في كل هذا أن يتم الاختيار في نطاق القيود التى يقررها القانون . ومعنى ذلك أنه لا يوجد ما يمنع الزوجين من انشاء مشاركة زوجية على نسق غير معروف في البيئة الفرنسية ما دام لا يتضح أن شروط المشاركة تنطوى على ما يخالف الأحكام الآمرة في القانون . أو بعبارة أخرى القيود التى يقررها القانون .

ولهذا أباحت محكمة النقض الفرنسية جواز الاحتكام الى نظام أجنبى لأموال الزوجية تنص عليه المشاركة ما دام هذا النظام لا يتعارض مع القيود المقررة في القانون الفرنسى ، فها هى اذن هذه القيود ؟ .

(أولا) القيود المتعلقة بالنظام العام :

لا يجوز أن تتضمن مشاركة أموال الزوجية شرطا أو اتفاقا يتعارض مع النظام العام والآداب ، وهذه هى القاعدة العامة بالنسبة الى جميع التصرفات .
الا أن التشريع الفرنسى آثرها بنص خاص حتى لا يتبادر الى الذهن أن فى الوسع أن تخالف قواعد النظام العام أو الآداب استنادا الى أن مشاركة أموال الزوجية تعتبر بمثابة ميثاق عائلى . وليس الأمر يسيرا فى تبين ما يتعارض مع النظام العام أو الآداب بالنسبة الى مشارطات أموال الزوجية .
فأحيانا تعرض صورة دقيقة عرض بعضها فى مصر فى ظل نظام الوقف .
فمثلا اختلف رأى فى شأن الاتفاق فى مشاركة أموال الزوجية على منع الزوج أو الزوجة بعد موت الطرف الآخر من الزواج وتعليق بقاء الهبات قائمة على استمرار هذا المنع ، فهل يعتبر مثل هذا الشرط أو الاتفاق مخالفا للنظام العام أم أنه يعتبر غير مخالف ؟ وما حكم الهبات التى ينص عليها فى مشاركة أموال الزوجية وتكون مقترنة بمثل هذا الشرط ؟ .

الواقع أن القضاء الفرنسى اتجه الى الحكم بصحة مثل هذا الشرط بعد تردد .
وقد أقر فقهاء الشريعة هذا الشرط فى كتب الواقفين فى ظل نظام الوقف ، مع أنه ليس من شك فى أن الحق فى الزواج يعتبر عنصرا من عناصر حالة الأشخاص ، وأن مثل هذا الاتفاق يقضى الى النزول عن عنصر من عناصر الحالة . ومثل هذا النزول يتعارض مع النظام العام والآداب .

ويتصل بالقيود المتعلقة بالنظام العام جميع القيود المقررة فى قواعد أمرة ؛
فمن ذلك الأحكام الخاصة باعتبار جميع الشروط أو الاتفاقات الخاصة بالتركات المستقبلية باطلة ؛ فالواقع أن مشارطات الزوجية كانت قديما تتضمن اتفاقات خاصة فى شأن توزيع الميراث . وكانت هذه الاتفاقات تعدل من نظام المواريث .
ولكن التشريع الفرنسى الحديث منع الاتفاق على التركات المستقبلية وجعل المنع شاملا . وكان المقصود من المنع أن يحال بين الزوجين وبين تضمين مشارطات الزواج اتفاقات يراد بها الخروج على قواعد الميراث .

ثم بلى ذلك مما يتصل بالاحكام المتعلقة بالنظام العام القواعد المانعة الأخرى كالقاعدة التي تمنع الاتفاق على حرمان الزوج من منزله كرب للأسرة ، فتل هذا الحرمان يعتبر متعارضا مع النظام العام لأن قوامة الزوج على شئون الزوجية وعلى شئون الأسرة تعتبر أمرا طبعيا .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بالاتفاقات الخاصة بالولاية على الصغار وبمحضاتهم ، فلا يجوز أن تتضمن مشاركة أموال الزوجية اتفاقات خاصة تعدل من أحكام القانون في هذا الشأن . ذلك أن قواعد الولاية والحضانة تعتبر متعلقة بالنظام العام . وقد أقر القضاء الفرنسي هذا النظر كما أقره القضاء المصري .

وقد عرض أمر الاتفاقات التي تتصل بتعيين دين الأولاد بين الزوجين المختلفين ديناً ، وكان الرأي يتجه قديما الى صحة هذه الاتفاقات ولكن عدل عن هذا الرأي القديم واستقر القضاء على بطلان مثل هذه الاتفاقات .

هذا هو القسم الأول من قيود الارادة وهو لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق لأحكام القواعد العامة :

(ثانيا) القيود المتصلة أو المستمدة من نظام أموال الزوجية :

على أن النوع الثاني من القيود هو الذي تتميز به مشارطات أموال الزوجية ، فالمفروض في هذه المشارطات أنها لا تخل بلمستور الروابط المالية بين الزوجين كما يستمد من أحكام القانون ، ولذلك استقر القضاء في فرنسا على ابطال المشاركة التي يتفق فيها على حرمان الزوج من حقه في رياسة الاشتراك في الأموال ، اذ هو بحكم هذه الرياسة يستطيع أن يتولى الادارة ويملك حرية التصرف ، وهو في مقابل ذلك يتحمل مسئوليات خطيرة . ولهذا جرى القضاء على اعتبار الاتفاق على مثل هذا الحرمان باطلا لمنافاته لمنطق نظام الاشتراك في الأموال .

وكذلك جرى القضاء على ابطال الشروط التي ترمى الى الحد من أهلية الزوجة ، فقدما جرى الموثقون في مشارطات أموال الزوجية على اعتبار الزوجة محرومة من أهلية التصرف ومن أهلية الالتزام حتى في الحالات التي يوافق فيها الزوج على تصرفها أو التزامها . وكان هذا الشرط يسمى بالحد

التعاقدي من الأهلية . ورغم أن القضاء ذهب في أول الأمر الى صحة مثل هذا الشرط ، الا أنه عاد بعد ذلك واستقر على بطلانه باعتبار أن مسائل الأهلية لا يجوز أن تكون محلا للتقييد باتفاق خاص . وقد خطا القانون الفرنسي خطوة واسعة فأقر للزوجة بأهليتها . ولذلك نتناول بالبحث جواز الاتفاق في الوقت الحاضر على التقييد من أهلية الزوجة بمقتضى اتفاق خاص في المشاركة . ويجمع الفقه على أن مثل هذا التقييد غير جائز لتنافيه مع منطق النظام المالي بين الزوجين . على أن التطبيقات العملية التي كانت محلا لخلاف الفقه والقضاء تتناول الشروط التي تدرج في شأن حرية الزوجة بالنسبة الى كسبها من عملها ، وفي شأن النص على عدم جواز التصرف في أموال الزوجة الخالصة ، وفي شأن النص على عدم جواز التصرف في الأموال المشتركة بين الزوجين .

فما يتعلق بكسب الزوجة انصرف القانون الى انشاء حماية خاصة للزوجة فيما يتعلق بكسبها من عملها ، وترجع هذه الحماية الى سببين :

(الأول) تأمين الاستقلال المالي للزوجة . ففي كان للزوجة أن تنصرف في كسبها من عملها أمكن أن تطعن الى أن مركزها في الحياة الزوجية ليس عرضة لتأثير ينشأ عن عنت الزوج .

(والثاني) يرجع الى رغبة المشرع في تشجيع المرأة على العمل ؛ وليس أدعى إلى اغراء الزوجة بالعمل من أن تكفل لها حماية فيما يتعلق بكسبها من عملها .

وقد كان هذان السببان وغيرهما من الأسباب التي تم الاستناد اليها عند تعديل القانون الفرنسي محلا لجدل كبير ؛ الا أن هذا الجدل قد انقطع عند ما صدر التشريع ونص فيه صراحة على حرية الزوجة في التصرف في كسبها من عملها . ولذلك فرع الفقه والقضاء على المبدأ المقرر لهذه الحرية أن كل اتفاق يحد من الحرية المتقدم ذكرها يعتبر اتفاقا باطلا .

هذا وقد أثير خلاف فيما يتعلق باشتراط عدم التصرف في الأموال التي تكون مملوكة للزوجة ولا تدخل في أموال الزوجية دون أن يكون هناك وضع خاص ينظم مركز هذه الأموال .

وقد ذهب فريق من الفقهاء الى أن مثل هذا الشرط يعتبر باطلا لأنه يحد من أهلية الزوجة من طريق غير مباشر . الا أن هذا الرأي أصبح مهجورا من الناحية العملية ، واستقر القضاء في السنوات الأخيرة على تصحيح هذا الشرط باعتبار أنه يجعل من أموال الزوجية التي جاء في شأنها النص نوعا من أنواع البائنة تعتبر غير قابلة للتصرف . الا أن الفقه والقضاء لم يرتبا على ذلك فقدان الزوجة لأهليتها ، ولم يرتبا أيضا بطلان التصرف في المال . فالتصرف الذي يقع على خلاف الشرط لا يكون باطلا بطلانا مطلقا وإنما يكون غير نافذ بالنسبة الى المال الذي شرط عدم التصرف فيه . وبهذا قيل أن التصرف يصح نفاذه بالنسبة الى الأموال التي تكتسبها الزوجة فيما بعد ، ويصح نفاذه أيضا عند ما ينقضى نظام الزوجية اما بالانحلال أو بوفاة أحد الزوجين .

وأخيرا عرضت للقضاء الفرنسي صور الاتفاقات التي ترمى الى عدم جواز التصرف في الأموال الطارئة أى الأموال التي تكتسب بعقد من عقود المعاوضة بعد انشاء نظام أموال الزوجية ؛ فالأموال الطارئة يكون للزوج حق التصرف فيها دون أن يقيد هذا الحق . ولهذا قيل أن كل شرط يرمى الى عدم جواز التصرف في الأموال الطارئة يعتبر في الحقيقة شرطا يرمى الى تقييد حقوق الزوج بالنسبة الى أموال الزوجية ، ولما كانت هذه الحقوق مقررة لمصلحة الأسرة ولمصلحة السلام العائلي فيها ، فهي تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على الحد منها بشرط خاص .

وحاصل هذا الشرط الذي تقدم أن القضاء الفرنسي اعتبر المصلحة التي يتوخاها الزوجان من شرط عدم التصرف مشروعة في الحالة الأولى واعتبرها على التقيض من ذلك غير مشروعة في الحالة الثانية . ولذلك قرر صحة الشرط في الحالة الأولى وقرر بطلانه في الحالة الثانية .

مبدأ عدم جواز تغيير الاتفاقات الخاصة بالأنظمة المالية .

أخذ القانون الفرنسي بمبدأ أصلي فيما يتعلق بمشارطات أموال الزوجية وجعل هذا المبدأ متعلقا بالنظام العام كقاعدة عامة . ومؤدى هذا المبدأ المتقدم ذكره أن نظام أموال الزوجية الذي كان قائما وقت انشاء مشاركة أموال

الزوجية أو وقت الزواج ، إن لم تكن هناك مشاركة ، يظل قائما بذاته دون أن يعدل ما بقيت الزوجية قائمة . ويسمى هذا المبدأ بمبدأ وجود النظام المالى للزوجين ، أو بعبارة أخرى بمبدأ عدم قابلية نظام أموال الزوجية للتغيير . ويلاحظ أولا أن هذا المبدأ ينسحب على نظام أموال الزوجين بصرف النظر عن مصدره فهو يطبق على النظام الذى يكون منشؤه مشاركة أموال زوجية ، كما يطبق على النظام الذى يكون مستمدا مباشرة من نص القانون دون وجود مشاركة .

والمقصود بعدم قابلية النظام للتغيير هو عدم جواز الاتفاق على تعديل النظام بإرادة الزوجين . فإذا لم يكن هناك نظام اتفاقى فلا يجوز لهما أن ينشأ نظاما اتفاقيا بعد انعقاد الزواج . وإذا وجد نظام اتفاقى وجب أن يظل هذا النظام بغير تعديل . وبديهي أن الشارع يملك تعديل النظام بقواعد تشريعية يصدرها كلما رأى ذلك ، ولكن المقصود بالمنع هو خطر اتفاق الزوجين على التعديل .

ومبدأ عدم جواز تعديل نظم الأموال الزوجية هذا ليس من المبادئ المجمع عليها فى التشريع المقارن ؛ فبينما يعتبر مبدأ جوهريا من مبادئ التشريع الفرنسى ، وبينما يتشبع له القضاء فى فرنسا بوجه خاص ، يعتبر هذا المبدأ من المبادئ التى أجمع التشريع الألمانى والتشريع السويسرى على نبذها . وفى ألمانيا وسويسرا يجوز للزوجين أن يعدلا بعد الزواج النظام القانونى الذى يخضعان له أو النظام الاتفاقى الذى اتفقا على اتباعه عند الزواج . وقضاء المحاكم الألمانية والسويسرية مستقر على ذلك . وقد أخذت محكمة استئناف القاهرة بهذا القضاء فى حكمها الصادر فى ٢٩ يونيو سنة ١٩٥٥ بالنسبة الى الزوجين تويسرين .

ويلاحظ أن تعارض التشريعات فى هذا الشأن يرجع الى التقاليد أكثر مما يرجع الى المنطق ؛ ففي فرنسا يعتبر نظام الأموال بين الزوجين نظاما اتفاقيا تتحكم الارادة فى اختياره ، وكان من المنطق أن تتحكم الارادة أيضا فى تغييره ، ولكن الفقه الفرنسى يؤيد ما استقر عليه التشريع الفرنسى مستندا فى ذلك أولا الى التقاليد القديمة وثانيا الى أن نظام أموال الزوجية يعتبر ميثاقا عائليا ، فهو ينشأ لا بتراضى الزوجين فحسب وإنما بتراضى أسرتهن ؛ فأسرة

كل من الزوجين تعتبر في الغالب الشائع طرفا في مشاركة أموال الزوجية ولو لم تظهر فعلا في هذه المشاركة ، اذ الغالب أن يتم الزواج باتفاق بين أسرتي الزوج والزوجية . وعلى أساس هذا التذليل قيل أن ما نشأ بتراضى أسرتين لا يجوز أن يعدل بتراضى الزوجين وحدهما .

وظاهر أن مثل هذا التذليل يتطوى على قدر غير يسير من الافتعال . الا أن الفقه في فرنسا يضيف الى ذلك أن مبدأ عدم التغيير يحى الى حد بعيد كلا من الزوجين من تسلط الآخر عليه . فقد يرى أحدهما تغيير النظام باتفاق لاحق وقد يكون هذا الزوج متسلطا على الآخر ، وفي هذه الحالة لا يكون أمام الآخر الا أن يقبل التغيير دون مناقشة أو تقدير . وإذا لم يكن أحد الزوجين متسلطا على الآخر ، جاز أن يكون طلب التغيير مثارا لنزاع يهدد كيان الأسرة والحياة الزوجية . وفي هذا الجزء الأخير من التذليل قدر من الصواب .

وأخيرا يضيف الفقه الفرنسي الى الحجج المتقدمة حجة أخرى تتصل باستقرار المعاملات المالية . ذلك أن نظام الأموال الزوجية متصل بالمعاملات المالية التي تتولد عنها حقوق للغير . ولهذا قيل إن تغيير نظام أموال الزوجية يؤدي الى اضطراب المعاملات والاضرار بالغير . ولكن هذه الحجة الأخيرة تثير صعوبة يمكن التغلب عليها ، فمن الميسور أن ننظم علانية للتغيير كما هو الشأن في الدول التي أباحت التغيير .

ومهما يكن من أمر التذليل النظري أو التاريخي ، فالظاهر أن الأخذ بمبدأ عدم قابلية نظام الأموال للتغيير أو الأخذ بالمبدأ المناقض له تعتبر مسألة تكيف وفقا للميول الاجتماعية ، ولتصوير كل بيئة من البيئات لصلوات الزوجين ، وبلغ استقلال كل من الزوجين برأيه وبلغ حاجته الى الحماية في الوسط الذي يعيش فيه .

هذا هو مبدأ عدم قابلية نظم الأموال للتغيير . وسنعرض فيما يلي لتطبيقات المبدأ ، ثم لما يدخل في المبدأ من عناصر المرونة ، وأخيرا نتناول الاستثناءات التي ترد على المبدأ :

(أولا) تطبيقات المبدأ :

يلاحظ أن التطبيقات الرئيسية يمكن إجمالها فيما يلي :

١ - عدم جواز استبدال نظام أموال زوجة جديد بالنظام القائم بمقتضى اتفاق خاص .

٢ - عدم جواز تعديل الأحكام الواردة في نظام أموال الزوجة ولو تعديلا جزئيا بمقتضى اتفاق خاص .

٣ - عدم جواز إحلال نظام زوجة اتفاق محل نظام الزوجة القانوني إذا كان الزوجان لم يتفقا على نظام خاص قبل الزواج .

وقد توسع القضاء في تطبيق المبدأ المتقدم ذكره فأبطل كل اتفاق يرمي إلى تعديل نظام أموال الزوجة بطريق مباشر أو غير مباشر . والعبرة بالأثر العمل للاتفاق لا بأثره النظري . ولهذا استقر القضاء والفقه على عدم جواز إنشاء شركة بين الزوجين ، لأن ارتباط الزوجين على أساس عقد الشركة يفرض على ترتيب مسؤوليات مالية على عاتق كل منهما ويفرض على الإخلال عملا بمقومات النظام المالي الذي أختاراه أيا كان هذا النظام .

ثم أن القضاء عرض في المناسبة ذاتها للاتفاقات الخاصة بالمبات بين الزوجين أثناء قيام الزوجية ، وكانت المبات بين الزوجية محرمة في القانون الفرنسي من قبل ، وكان المقصود من التحريم هو احترام مبدأ عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجية ؛ ذلك أن إباحة المبة تستتبع جواز تغيير نظام الأموال بين الزوجين . وعند ما أبيع أخيرا لأحد الزوجين أن يهب الآخر ، جعل الترخيص بالمبات مقرونا بالنص على عدم جواز الرجوع في تلك المبات .

وقد تناول البحث بعض المسائل التفصيلية فيما يتعلق بتنفيذ المبدأ السابق فأثيرت مسألة جواز أو عدم جواز الاتفاق على أجل فاسخ أو أجل واقف وجواز أو عدم جواز الاتفاق على الشرط الواقف ، فهل يجوز مثلا للزوجين أن يتفقا على تأجيل العمل بنظام الأموال الزوجية إلى أن يحل تاريخ معين ؟ وهل يجوز لهما أن يتفقا على إنهاء نظام أموال الزوجية في أجل معين ؟ .

الجواب : أن مثل هذه الاتفاقات تعتبر معدلة لأحكام نظام أموال الزوجية ، ولذلك لا يعمل بها وتعتبر باطلة . وكذلك الشأن فيما يتعلق بالشرط فلا يجوز للزوجين أن يتفقا مثلا على أن يخضعا لنظام زوجية معين على أن يحل محله نظام آخر فيما لو حدث أمر مستقبل غير محقق الوجود . ذلك أن مؤدى الاتفاق على الشرط أو الأجل في هذه الصور جميعا هو تعديل نظام الأموال ، إما عن طريق وقف العمل به وإما عن طريق استبدال نظام آخر به ، والأمران غير مشروعين .

وأخيرا استقر القضاء على عدم جواز الاتفاق على تعديل القواعد المتعلقة بتصفية نظام أموال الزوجية ما دام النظام قائما . على أن هذا لا ينفي أن لأى من الزوجين أن يتنازل للزوج الآخر عن أى مال بعد أن تتحدد حقوقه في التصفية لأن مثل هذا التنازل مباح بوصفه من ضروب التبرعات أو من ضروب المعاوضات على حسب الأحوال .

(ثانيا) عناصر المرونة التي تدخل في المبدأ :

هذا وقد تسربت بعض عناصر المرونة الى المبدأ السابق . والغريب أن القضاء أباح هذه العناصر الى حد معين بالنسبة الى الغير ، أما فيما بين الزوجين فهو يتشدد تشددا واضحا . ففي علاقة الغير بالزوجين أبيع للغير أن يتبرع لأحد الزوجين على أن يكون التبرع غير داخل في الأموال المشتركة ، كما أبيع للغير التبرع على أن يكون المال المتبرع به مشتركا بين الزوجين .

وما من شك في أن ما يصدر من الغير من تصرفات يعدل في النظام المالى بين الزوجين ، ولكن الاعتبارات العملية هي التي حفزت القضاء على الاقرار بصحة هذه التصرفات اذ لو تقرر المنع لما ارتضى المتبرع أن يهب المال .

أما فيما يتعلق بعناصر المرونة التي تدخل على المبدأ في صلة المتعاقدين ببعضهما ، فيلاحظ أن التشريع والقضاء يتزان عند حكم الضرورات العملية . فرغم أن الأصل هو حرية التعاقد بين الزوجين ، الا أن التباعد بينهما ممنوع رعاية لمبدأ عدم جواز تعديل نظام أموال الزوجية بين الزوجين . ولكن فيما عدا البيوع الممنوعة ، تقرر استثناءات تنطوي على أكبر قسط من المرونة .

فمن ناحية أبحاث المبات بين الزوجين وفقا لأحكام التعديل التشريعي الأخير ، وما من شك في أن هذه الإباحة تقضى الى تعديل النظام . ومن ناحية ثانية أقر القضاء ومن بعده التشريع صحة النيابة بين الزوجين ، بمعنى أنه يجوز لأحد الزوجين أن يقيم الآخر وكيلًا عنه صراحة أو ضمنا فيما يسمى بشئون الزوجة أو الشئون المنزلية ، فالزوجة مثلا قد تباشر سلطات الزوج على أموال الزوجة عن طريق التوكيل ، ويدعى أن هذه الوكالة تؤثر تأثيرا بليغا في نظام أموال الزوجة ، اذ يجوز على أساسها للزوجة أن تباشر حق الانتفاع المقرر للزوج على أموال الزوجة .

وأخيرا جعل للزوجة أن تتصرف في حساب جار يفتح باسمها مع أن فتح الحساب الجارى وتسييط الزوجة عليه قد يؤدي عملا الى تعديل النظام المالى بين الزوجين ، ولكن الزوجة تستطيع أن تتصرف في الحساب دون أن تسأل عن مصدر المال الذى يفلدى هذا الحساب .

هذه هى حدود المبدأ من حيث التطبيق ومن حيث ما ينطوى فيه من عناصر المرونة ، ولكن هذا المبدأ يخضع لاستثناءات تتضمن خروجا سافرا على أحكامه .

(ثالثا) الاستثناءات التى ترد على المبدأ :

١ - حالة الانفصال الجسمى أو التفريق البدنى : اذا تم التفريق البدنى بين الزوجين اعتبر ذلك بمثابة توقف للحياة الزوجية ولهذا يقرر المشرع أن فصل الأموال يقع بحكم القانون ويتعين تصفية النظام المالى وقت تحقق التفريق البدنى . وهذا الاستثناء يسرى بداهة أثناء قيام الزوجية ولو أنها موقوفة ، كما أنه يؤدي الى الاستعاضة عن النظام السابق ، أيا كان نوعه ، بنظام فصل الأموال . واذا عادت الزوجية منبرتها الأولى بعد التوفيق بين الزوجين يعود اليهما نظامهما المالى السابق كما كان دون تعديل .

٢ - جعل القانون للزوجة أن تطلب فصل الأموال بمقتضى حكم يصدر من القضاء اذا توافرت شروط يتحقق معها ضرر قيام النظام المالى السابق

بين الزوجين . ويلاحظ أن الفصل في هذه الحالة لا يقع باتفاق الطرفين وإنما يقع بحكم من القضاء . واشتراط الحكم في هذه الحالة يعتبر من قبيل الضمانات .

٣ - حالة الطلاق : إذا وقع الطلاق بين الزوجين انتهى النظام المالى السابق ، فان عادا الى الزوجية من جديد بعقد جديد جاز لهما وفقا للتعديل الأخير في القانون الفرنسى أن يختارا نظاما جديدا للأموال . ولم يكن يباح للزوجين ذلك قبل التعديل الجديد وذلك خشية التحايل على المبدأ نفسه من طريق الطلاق ثم العودة الى الحياة الزوجية بعقد جديد . وقد صرح فعلا ما توقعه الفقهاء والقائمون على تطبيق القانون اذ اتضح أن عددا غير يسير من حالات الطلاق تم في السنوات الأخيرة كوسيلة لتعديل النظام المالى بين الزوجين . ولهذا بدأت الجمعيات التشريعية تتجه الى المناداة بتحريم اختيار نظام أموال جديد في حالة العودة الى الزواج بعقد جديد بعد طلاق تم بالفعل .

٤ - وأخيرا يقع في الحالات التى يقضى فيها ببطلاق الزواج أن تبطل أيضا مشاركة أموال الزوجية ، فاذا عاد الطرفان الى الزواج بعقد جديد كان لهما مطلق الحرية في اختيار نظام مالى جديد . وليس هذا في الواقع من قبيل الاستثناء لأن البطلان يزيل أثر الزواج والمشاركة في آن واحد .

المشاركة المالية من حيث الشكل :

يشترط في مشاركة أموال الزوجية من حيث الشكل توافر أوضاع معينة فهي أولا عقد رسمى ، وهى من ناحية ثانية عقد يجب أن يتم شهره وفقا للأحكام المقررة في القانون .

(أولا) الرسمية :

يشترط في مشاركة أموال الزوجية أن تفرغ في الشكل الرسمى ، والرسمية هنا ركن من أركان العقد فهى ليست مجرد شرط في الالابات ، فاذا لم تفرغ المشاركة في الشكل الرسمى كانت باطلة بطلانا مطلقا . وترجع العلة في اشتراط الرسمية الى رغبة المشرع في حماية العاقلين من طريق وجود مرجع يثبت فيه

أصل المشاركة ويرجع اليه فيما لو فقدت صورتها ، كما أنه يرجع كذلك الى الرغبة في حماية الغير ، هذا فضلا عن أن في اشتراط الرسمية ما يتيح استعانة العاقلين بالموثق الرسمي وهو خير بصياغة العقود وضبط معانيها . ومن أجل ذلك جعلت الرسمية ركنا من أركان عقد النظام المالى أو المشاركة المالية .

ومعنى الرسمية في هذا الصدد هو المعنى المألوف ، أى أن يتلقى العقد موثق رسمى ويقوم بإثباته وفقا للإجراءات المقررة في القانون . الا أن الرسمية في مشاركة أموال الزوجية تخضع لقاعدة أصلية تستقل بها دون غيرها من العقود ، وهذه هي قاعدة وحدة عقد الزواج أو وحدة مشاركة أموال الزوجية ؛ فلا يجوز أن تعدد الوثائق المكونة لهذه الوحدة أو أن يتعدد الموثقون الذين يتلقون تلك الوثائق . ذلك أن القانون يقصد الى أن تثبت المشاركة في وثيقة واحدة حتى تكون مرجعا للطرفين والغير على حد سواء ، فلو تعددت الوثائق لانتفى مقصد الشارع ولهذا طبق مبدأ الوحدة تطبيقا ماديا دقيقا ويكاد يكون هذا المبدأ امتدادا ماديا لمبدأ عدم جواز تغيير نظام أموال الزوجية .

الا أن هذا المبدأ يرد عليه استثناء وحيد في الحالة التى تتم فيها مشاركة أموال الزوجية ويراد قبل الزواج ادخال تعديل عليها ، فمن الواضح أن المشاركة قبل الزواج لا تكون نافذة ، وقد تمضى فترة طويلة بين انشائها وبين اتمام الزواج ، وفي هذه الفترة قد يتفق الطرفان على ادخال تعديل على المشاركة ، وقد أبيع ذلك بمقتضى ما يسمى بورقة الضد ؛ ولا يقصد بالاصطلاح في هذا الشأن مفهومة المعروف في الصورية ، وانما يقصد بورقة الضد كل محرر يتضمن تعديلا أو اضافة الى شروط المشاركة التى تمت من قبل وذلك كله ما دام الزواج لم يتعقد بين الزوجين . أما اذا تم انعقاد الزواج فلا محل لورقة الضد ، اذ أن نظام أموال الزوجية يتمتع تعديله بعد اتمام الزواج ، ويظل كذلك طيلة أيام الزوجية .

على أن القانون يشترط لصحة الاتفاق الوارد في ورقة الضد شروطا معينة كما أنه يشترط شروطا أخرى لسريانه في حق الغير .

فما يتعلق بالصحة يشترط أن تفرغ ورقة الضد في الشكل الذي يشترط توافره بالنسبة الى المشاركة ذاتها . ومن ناحية أخرى يشترط أن يتم الاتفاق في ورقة الضد بين جميع الأطراف الذين حضروا مشاركة انشاء النظام ، ويستوى في هذا الزوجان والوالدان والأقارب والواهبون وكل شخص آخر ممن كان طرفا حقيقيا موقعا على المشاركة . وبديهي أن من أثبت حضوره في المشاركة ووقع عليها على سبيل التشريف فحسب لا يعتبر طرفا فيها ، ولذلك لا يشترط حضوره بالنسبة الى ورقة الضد .

فاذا تخلف شرط من هذين الشرطين كانت ورقة الضد باطلة وكان البطلان أصليا .

أما فيما يتعلق بسرمان ورقة الضد في حق الغير ، فقد اشترط القانون أن محرر مضمونها في ذيل عقد الزواج نفسه حتى يستطيع من يطلع على عقد الزواج العلم بورقة الضد باعتبار أن مضمونها لا يعلو أن يكون اتفاقا مبدلا . وهذا الالتزام يقع على عاتق الموثق نفسه فن واجبه أن يثبت ورقة الضد عند الزواج وأن يجعل من العقد والورقة محررا متصلا يتحقق فيه معنى الوحدة ، فاذا تخلف هذا الشرط كان من حق الغير أن يغفل التعديل ، وكان من حقه أن يعتد بما جاء في مشاركة أموال الزوجية فحسب .

(ثانيا) الشهر :

لم تكن مشاركة الزوجية تشهر في بادئ الأمر وذلك بسبب انحصار المعاملات وذبوع مضمونها عملا بين المتوطنين في قرية أو في قسم من أقسام المدينة ، ولكن ازدياد السكان وتعقد المعاملات أدى الى تفكير المشرع الفرنسي في وضع نظام خاص لشهر مشارطات الزوجية بعد أن كان شهر هذه المشارطات قاصرا على التجار وبعد أن كان الشهر بالنسبة الى التجار قاصرا على اللصق .

وقد أخذ في نظام الشهر برأى أستاذ قانوني وما زال يطبق عملا حتى الآن ، فقد ذهب هذا الفقيه الى أن الشهر يتحقق من طريق ادراج بيانات معينة في سجل الزواج الذي يحمره مأمور الحالة المدنية في سجلات الحالة المدنية . ولهذا يجري العمل على أن يحصل الزوجان على شهادة من الموثق بأنهما عقدا

مشاركة أموال الزوجية في تاريخ معين وحررت لدى محرر معين واتبعت فيها اجراءات معينة . وهذه الشهادة هي التي يدرج مضمونها في سجل الحالة المدنية عند اثبات الزواج فيه ، ولذلك تكون وسيلة عملية من الطراز الأول .

الا أن نظام الشهر وان تقرر على الوجه المتقدم فلم يشرع له جزاء يتمشى مع طبيعته ، فقد كان من المنطقي أن يكون جزاء اغفال الشهر هو خضوع الزوجين للنظام القانوني للأموال ؛ ولكن المشرع الفرنسي لم يتمشى مع هذا المنطق ، وانما وضع جزاء آخر مؤداه أنه اذا لم يحصل الشهر تعتبر الزوجة أهلا للتصرف . واثبات أهلية الزوجة للتصرف قصد به صيانة مصلحة الغير في حالة واحدة هي حالة البائنة ؛ فالبائنة تعتبر مالا لا يقبل التصرف . واذا لم يتم شهر المشاركة المنشئة للبائنة ترتب على ذلك اعتبار تصرفات الزوجة في البائنة صحيحة . ولهذا يتحرز المتعاملون مع زوجين لا تكشف السجلات عن وجود نظام اتفاق لهما ويتطلبون دائما توقيع الزوجين .

على أن الجزاء الذي شرعه القانون لا يطبق الا حيث يكتم الزوجان عن الغير نظامهما المالى ؛ فان جهرا بهذا النظام وأنبا الغير على حقيقته فلا يطبق الجزاء ولو لم يكن الشهر قد تم ، ومن هذا يتضح أن الشهر شرع لمصلحة الغير .

وأخيرا أبنى المشرع على التزام التجار بشهر مشارطات الزوجية ، ولهذا يلتزم التاجر بالشهر في دفتر أو سجلات الحالة المدنية والسجل التجارى ، كما يلتزم باتخاذ اجراءات الشهر في قانون التجارة .

الاهلية :

تخضع أهلية انشاء مشارطات أموال الزوجية لقواعد استثنائية لها ما يبررها في نطاق العمل . والقاعدة أن من كان أهلا للارتباط بالزواج كان أهلا للارتباط بمشاركة أموال الزوجية . على أن هذه القاعدة وما يرد عليها من استثناءات ما يزالان بحاجة الى قسط من التفصيل ، وفي هذه المناسبة ينبغي أن نواجه مبدئين أساسيين :

أولهما : مبدأ وجوب مباشرة الزوجين بنفسهما لمشاركة أموال الزوجية .
 فالأصل في التصرفات أنه يجوز للعاقد أن يباشرها بنفسه أو بوكيل عنه
 أو أن يجيزها إذا عقدت لحسابه بطريق الفضالة أو بطريق التمهيد عن الغير ،
 إلا أن هذا الأصل لا يجرى على إطلاقه في شأن مشاركة أموال الزوجية ،
 فالقانون يحتم مبدئياً أن يتولى كل من الزوجين الاعراب عن ارادته بشخصه
 هو . ذلك أن المشاركة تعتبر كما قلنا ميثاقاً للأسرة وتعتبر موطناً لنظام مالى
 قد يدوم أبد الحياة ، ولهذا كان من المنطقى أن يتشدد الشارع ويتطلب العاقد
 بنفسه . إلا أنه رؤى من قبيل التيسير إباحة النيابة في انشاء مشاركات الزواج
 ولكن بقيدين جوهرين :

- ١ - أن يتخذ التوكيل الشكل الرسمي وذلك طبقاً لقاعدة وجوب افراغ
 التوكيل في الشكل الرسمي كلما كان العقد المراد إبرامه عقداً رسمياً .
- ٢ - أن يتضمن التوكيل جميع الشروط التى تشتمل عليها مشاركة
 أموال الزوجية .

وعلى هذا النحو يتضح أن النائب في هذه الحالة ليس بنائب بالمعنى الدقيق
 وإنما هو مجرد مفوض (أورسول) بالتوقيع ؛ إذ أنه لا يملك سلطة تصريح
 الأمور أو تقدير ما ينبغى أن يقبل أو يرفض من تلك الشروط .

أما مشاركة انشاء الزوجية التى ينشئها الغير ، كالوالدين مثلاً ، على سبيل
 الفضالة أو على سبيل التمهيد عن الغير ، فتعتبر باطلة ولا تكون محلاً للاجازة
 محال من الأحوال ، ولو أن العمل قد جرى في جنوب فرنسا على ارتباط
 الآبوين مقدماً بما يسمى بعقد الخطبة وهو يتضمن عادة شروطاً للنظام المالى
 بين الزوجين . وكانت محكمة الاستئناف في جنوب فرنسا تقر صحة هذه العقود
 وتقر صحة إجازتها ، إلا أن محكمة النقض استقرت على أن مثل هذه العقود
 لا تجوز أن تكون محلاً للاجازة بحسبانها عقوداً باطلة بطلاناً أصلياً ،
 ومن المعلوم أن الاجازة لا ترد الا على عقد لا يشوبه بطلان مطلق .

هذا هو المبدأ الذى يقضى بوجوب مباشرة الزوجين شخصياً لمشاركة
 لإنشاء نظام أموال الزوجية ، فإذا لم يباشر أحد الزوجين انشاء المشاركة بنفسه
 أو بوكيل فرضه في ذلك تفويضاً خاصاً كانت المشاركة باطلة .

بقى أن نبين القواعد الخاصة بتعيين أهلية كل من الزوجين لانشاء المشاركة . والأصل أنه يشترط في هذه المشاركة توافق أهلية التصرف ؛ ولكن يستثنى من ذلك القاصر الذى يكون أهلا للارتباط بالزواج . فالقانون الفرنسى يبيح للقاصر الذى لم يبلغ الحادية والعشرين أن يتزوج . فاذا كان أحد الزوجين أهلا للزواج رغم أن سنه لا تؤهله للتصرف كان أهلا في الوقت نفسه لأن ينشئ مشاركة أموال الزوجية ، ولكن يشترط في هذه الحالة أن يوافق على المشاركة من يشترط رضاؤه بالنسبة لزوج القاصر . والأصل أن القاصر يستطيع أن يتزوج برضاء والديه أو جديه ، وفي حالة عدم وجودهما برضاء مجلس الأسرة ، وعلى هذا النحو يكون القاصر الذى يتعاقد ويرتبط بعقد منظم لأموال الزوجية أهلا لانشاء هذا العقد ما دام قد حصل على رضا أحد أبويه أو أحد جديه أو رضا مجلس الأسرة . وكان الفقه القديم يترتب في أعمال هذه القاعدة ، فكان يشترط وجوب تدخل الأب أو الجد شخصيا ، ولكن العمل جرى على اجازة تفويض الأب أو الجد شخصا آخر على أن يكون سند التفويض رسميا ومشملا على جميع شروط مشاركة نظام الزوجية . وبديهي أنه في الحالة التى يتطلب فيها القانون موافقة مجلس الأسرة لا يتصور أن ينتقل مجلس الأسرة بأسره برياسة قاضى المصالحات الى الموثق . ولهذا جرى العمل على أن تعرض شروط المشاركة على المجلس ، وأن يقر المجلس هذه الشروط ، ثم يتب عنه من يحضر انشاء المشاركة ليثبت رضا المجلس .

فكل قاصر يتوافر فيه السن الذى يؤهله للزواج يكون في الوقت نفسه أهلا للارتباط بمشاركة أموال الزوجية متى حصل على الموافقة على هذه المشاركة ممن تكون موافقته على الزواج ضرورية وفقا لأحكام القانون . ويلاحظ أن المشرع الفرنسى لم يشترط في هذه الحالة موافقة ولي القاصر أو وصيه الذى ينوب عنه ويقوم مقامه في التصرفات المالية . وتدخل الأب في هذه الحالة لا يقع بوصف الأب وليا على المال ، وإنما يقع بوصفه وليا على النفس .

ويوجه الفقه هذا الوضع بأن المشاركة تعتبر عقدا تابعا لعقد الزواج ، فلا يجوز أن يوافق عليها الا من يشترط القانون موافقته على عقد الزواج ؛ أما ولي المال أو وصي المال فلا شأن له بهذه المشاركة بالنسبة الى القاصر . ويرتب الفقه والقضاء في فرنسا على ذلك أن الأب يستطيع أن يوافق على المشاركة ولو كانت مصلحته تخالف مصلحة القاصر استثناء من قاعدة عدم جواز مباشرة الولي للعقد في حالة تضارب المصالح ؛ وسنده في ذلك أن الأب لا يوافق على المشاركة بوصفه وليا للمال بل يوافق عليها بوصفه وليا لنفسه : هذا هو مركز القاصر .

وقد عرض القضاء لمركز السفيه ومركز المحجور عليه : ففما يتعلق بالسفيه يعتبر السفيه أهلا للارتباط بالزواج دون حاجة الى مساهمة مساعده القضائي في ذلك . والغريب أنه لا يوجد نص يتناول أهلية السفيه فيما يتعلق بمشاركة أموال الزوجية ، وقد قضت محاكم الاستئناف في فرنسا بأن القاعدة التي تقضي بأن من كان أهلا للارتباط بالزواج يعتبر أهلا للارتباط بمشاركة الزواج لا تسرى في شأن السفيه . الا أن محكمة النقض قضت بإلغاء قضاء المحاكم الاستئنافية وأعادت الدعاوى لهذه المحاكم للفصل فيها ، فأصرت محاكم الاستئناف على رأيها ثم عرض الرأي على الدوائر المختصة لمحكمة النقض الفرنسية فقضت باقرار رأي محاكم الاستئناف . وعلى أساس هذا القضاء يشترط فيما يتعلق بالسفيه أن يوافق المساعد القضائي على مشاركة أموال الزوجية والا كانت باطلة ، والبطلان هنا جوهرى . وقد كان سند المحاكم الاستئنافية في فرنسا أنه لا يجوز أن تقاس حالة السفيه على حالة القاصر ، ذلك أن القاصر يعينه في عقد الزواج أبوه أو جده أو مجلس الأسرة وفي هذه المعونة يتوافر ضمان يكفل له الحماية . أما السفيه فله أن يتزوج دون معونة أحد ومشاركة أموال الزوجية تصرف مالى له خطر كبير ، ولذلك ينبغي أن يوجد من يعاون السفيه في إبرام تلك المشاركة . ولهذا السبب اشترط تدخل المساعد القضائي ، فإذا لم يتدخل المساعد القضائي لمعونة السفيه كان عقده المتعلق بالنظام المالى باطلا وسرى عليه النظام القانونى لأموال الزوجين .

ولهذا أقر الفقه العقود التي يعقدها السفه دون تدخل المساعد القضائي متى قصد بها اختيار النظام القانوني لأموال الزوجية ، وكذلك أقر صحة هذه العقود إذا كان من شأنها التخفيف من قيود النظام القانوني .

بقى المحجور عليه وهو المصاب بأفة تذهب بالعقل (المجنون) ، ومن المسلم في فرنسا أن للمجنون أن يعقد في فترات إفاقة عقد الزواج ، وقد جرى القضاء على اشتراط توافر رضا قيم المجنون بمشارطة أموال الزوجية على نحو اشتراط رضا المساعد القضائي بالنسبة للسفيه .

جـاء مخالفة الأحكام الآمرة المتعلقة بإنشاء المشارطة أو بتغييرها .

قد تتخذ المخالفة صورة الخروج على قواعد النظام العام أو الآداب أو على قواعد الشكل أو على قواعد الأهلية ، مثل ذلك أن ينص في المشارطة على نظام معين للتوارث أو ألا يتخذ الشكل الرسمي أو أن تصدر من غير ذى أهلية أو أن تتناول تغيير نظام الأموال بعد إتمام الزواج ، وفي هذه الصور جميعا تعتبر المشارطة باطلة بطلانا مطلقا . وقواعد البطلان هذه تثير إشكاليين رغم وضوحها :

فن ناحية أولى : قد يعقد القاصر مشارطة أموال الزوجية قبل أن يكون قد اكتمل السن الذي يؤهله للزواج ، في هذه الحالة استقر القضاء على بطلان المشارطة بطلانا جوهريا وعلى عدم جواز اجازتها عند ما تتوافر للقاصر السن الذي يؤهله للزواج . ولم يستثن القضاء من هذا المبدأ إلا الحالة التي لا تؤثر فيها أهلية الزواج بسبب مانع مؤقت غير مانع السن كمنع المصاهرة أو قيام عدة المطلقة ، في هاتين الحالتين أقر القضاء صحة مشارطات الزوجية رغم وجود المانع المؤقت وفيما عدا تلك الحالات اعتبر القضاء أن توافر الأهلية يعتبر ركنا من أركان العقد خلافا للقواعد العامة .

ومن ناحية ثانية : الإشكال الخاص بعيوب الرضا ، فالأصل أن كل تصرف من التصرفات يجوز أن يكون محلا لغلط أو اكراه أو تدليس أو استغلال ، والأصل أن عيب الرضا يجعل العقد قابلا للإبطال ، إلا أنه

تعرض بالنسبة الزواج مسائل شائكة ، فالتدليس مثلا لا يعتبر من عيوب الرضاء بالنسبة الى الزواج فهل يعتبر عيبا بالنسبة الى مشاركة أموال الزوجية ؟ .

يقول الفقه أن مشاركة أموال الزوجية مشاركة مالية ، ولذلك يجوز أن تكون محلا للطن بعيوب الرضاء ولو أن هذه العيوب غير محتملة بسبب تدخل الأسر واتمام العقد في صورة رسمية :

ورغم أن من الواضح أن مشاركة أموال الزوجية قد يشوبها عيب من عيوب الرضاء ، ورغم أن من الواضح كذلك أنها قد تصدر عن ناقص أهلية فقد مر الفقه الفرنسي في شأن بطلان هذه المشاركة بمرحلتين :

ففي مرحلة أولى طبق الفقه على مشاركة أموال الزوجية المعايير التقليدية في البطلان ، ومؤدى هذه المعايير أنه اذا تخلف ركن من أركان العقد في حكم القانون أو في حكم الواقع فالبطلان مطلق ، واذا شاب الرضاء عيب من العيوب أو صدر الرضاء عن ناقص أهلية فالبطلان نسبي . ومن المعلوم أن البطلان النسبي ترد عليه الاجازة وبذلك يستطيع من صدر البطلان لمصلحته أن يميز العقد القابل للابطال وبذلك يزول الخطر الذي يهدد العقد . ومن المعلوم كذلك أن حق التمسك بالابطال يزول بانقضاء مدة ثلاث سنوات في القانون المصري وعشر سنوات في القانون الفرنسي ، على أن الفقه في فرنسا وان كان قد أعمل المعايير العامة في البطلان الا أنه لم يجعل مدة الاجازة بالنسبة الى القاصر تبدأ من تاريخ بلوغه من الرشد بل جعل هذه المدة تبدأ من تاريخ انتهاء النظام المالي ، وفي هذه الملاحظة ما يكشف عن تخرج الفقه من طرد القاعدة العامة .

وفي مرحلة ثانية اتجه القضاء اتجاها عنيقا واستقرت أحكام المحاكم على أن البطلان بالنسبة الى مشاركة الزواج لا يكون الا مطلقا يستوى في هذا أن يكون السبب تخلف ركن من أركان العقد أو أن يكون السبب عيبا في الرضاء أو نقصا في الأهلية .

· وإزالة استقرار القضاء على هذا المذهب بدأ الفقه يعدل عن موقفه وأعتق رأى القضاء مذهبا جديدا . وقد استند الفقه في ذلك الى سبين ، أحدهما على والآخر قهوى :

فن الناحية العملية استند الفقه الى أن مشاركة أموال الزوجية لا تقبل التغيير ، فلو أبيع لمن يتمسك بالبطلان النسبي أن يبطل المشاركة انفسح بذلك مجال الادعاء بالبطلان ولومن طريق التواطؤ أو التراضي . وهذا ينفسح المجال للتدخل من مبدأ عدم جواز تغير النظام المالى أثناء قيام الزوجية .

ومن ناحية أخرى لاحظ الفقه أن نظام أموال الزوجية ، ولو أنه يتم بطريق التعاقد ، الا أنه لا يعتبر عقدا بالمعنى المفهوم من العقود وانما هو وضع تنظيمي تتصل به مصالح الغير ، ولا يقضى تأمين هذه المصالح فيما لو أبيع التمسك بالبطلان خلال سنوات عشر .

وعلى أساس هذين السبين استقر الأمر لمذهب القضاء واضحى هذا المذهب على إجماع الفقه رغم انتقاء الفقه له من الناحية النظرية البحتة . ويتفرع على هذه النتيجة أن التمسك بالبطلان النسبي في مشاركة أموال الزوجية لا يكون وقفا على من شرع البطلان لمصلحته ، بل يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، وكذلك لا يقبل أن يكون العقد القابل للإبطال عملا للإجازة ، وأخيرا لا يسقط حق التمسك بالابطال بمرور عشر سنوات .

هذه هي القاعدة الخاصة بالبطلان . والغريب أن هذه القاعدة حملت بعض المفسرين والفقهاء على المطالبة بتعديل نظرية البطلان تمديلا يعتد فيه بنتيجة البطلان لا بسببه ، ولذلك يتجه الأستاذ ريبير الى أنه " اذا اتضح أن المقصود من الجزاء هو حماية مصلحة عامة وجب أن يكون البطلان مطلقا أيا كان مصدره ، واذا اتضح على النقيض أن المقصود حماية مصلحة خاصة وجب أن يكون البطلان نسبيا " .

وأيا كان وجه الرأى في هذا الاتجاه الجديد ، فمن الواضح أنه اذا تحقق بطلان مشاركة أموال الزوجية فان هذا البطلان يستتبع اما بطلان وزوال نظام الأموال الزوجية في جملة ان كان سبب البطلان راجعا الى بطلان عقد

الزواج نفسه، ولما تطبيق نظام أموال الزوجية القانوني على الزوجين إذا كاف الزوج لا يزال قائماً رغم بطلان المشاركة .

- على أنه يلاحظ أن بطلان مشاركة أموال الزوجية لا يعنى بطلان جميع الاتفاقات الواردة فيها ان كان في الوسم أن تظل هذه الاتفاقات قائمة وتوافرت شروط صحتها ، ويتم ذلك تطبيقاً للقواعد المتعلقة باقتصار العقود أو انتقاصها ، أو تطبيقاً للقواعد المتعلقة بانقلاب التصرفات أو تحويلها . فثلاً لو فرض أن مشاركة أموال الزوجية تضمنت هبة وتوافرت شروط صحة الهبة فلا يؤدي ابطال المشاركة الى ابطال هذه الهبة . وكما هو الشأن مثلاً فيما لو كانت الهبة متعلقة بمنقول وتمت بالقبض في مناسبة انشاء المشاركة الباطلة . ومثل هذا الحل معقول لأن بطلان المشاركة لا يمنع من أن تتخلف عنها تصرفات صحيحة تتوافر فيها كل شرائط الصحة التي يتطلبها القانون .

والظاهر أن الاجماع منعقد على النتائج التي انتهينا اليها من قبل ، الا أن الفقه يضيف اليها أنه عند ما يكون بطلان المشاركة نسبياً فليس هناك ما يمنع الزوجين من تنفيذ هذه المشاركة برضائهما عند انتهاء الزوجية ، ومثل هذا التنفيذ لا يعتبر اجازة للمشاركة أو تصحيحاً لها وإنما يعتبر مجرد رضاء ضمنى بأسس جديدة للتسوية أو للتصفية ، ومن المعلوم أن للزوجين مطلق الحرية في التراضي على أسس التسوية أو التصفية التي يقصد بها انتهاء للنظام المالي .

المبحث الثاني

في النظم المختلفة التي يجوز أن تكون محلاً للمشاركة

المطلب الأول

في نظام الباتنة أو الدوطة

يقصد بالباتنة كل مال يقدم لمصلحة الزوج ويخصص للاتفاق على شئون الزوجية .

والواقع أن كلا من الزوجين يأتي عند بدء الزوجية بمال ، وهذا المال يسمى حصّة apport . والحصّة اصطلاح يستعمل بالنسبة الى الشركات ،

فكل ما يقدمه الشريك لكي يدخل في تكوين رأس المال يسمى حصّة .
بيد أن الفارق بين الشركة ونظام أموال الزوجية هو أن ملكية الحصّة تنتقل
من الشريك الى الشركة ، أما في نظام أموال الزوجين فالذى يطرأ على الحصّة
من تعديل هو أنها تخصص لأغراض النظام المالى للزوجين . وعلى هذا النحو
يفضى النظام المالى الى تخصيص حصص الزوجين لغرض معين ، وهذا
التخصيص هو الذى تتفاوت النظم في ظله .

فالدوطة أو البائنة هى مال يتم التبرع به لأى من الزوجين لكي يكون
حصّة له تخصص لأغراض الزوجية ، وهذه الحصّة تكون في ظل نظام البائنة
غير قابلة للحجز وغير قابلة للتصرف وغير قابلة للتقادم والانتقال الى الغير .

وكان العرف قديما في بعض أجزاء فرنسا يقضى بالزام الوالدين
بالتبرع للأولاد عند الزواج تمشيا مع بعض التقاليد التى جرى عليها القانون
الرومانى ، ولكن هذا العرف لم يكن عاما ولذلك عدل عنه وتقرر مبدأ حرية
الوالدين في تقديم البائنة أو الأحجام عن تقديمها في القانون الفرنسى الحديث ،
ونص صراحة على أنه لا يجوز للأولاد أن يرجعوا بدعوى من الدعاوى
على الوالدين لالزامهما بتقديم البائنة . والشائع الغالب أن البائنة تقدم للبنت
أى للزوجة باعتبار أن الزوجة لا تستنفذ في تثقيفها وتربيتها ما يستنفذه الذكور
وباعتبار أن البائنة لاتعدو ان تكون جزءا معجلا من نصيب البنت في الميراث .
ولهذا عدل في الوقت الحاضر عن تقديم البائنة للبنات في الطبقات الوسطى ،
اذ تنفق هذه الطبقات في تربية البنات ما لا يقل عما تنفقه في تربية البنين ؛
وقد دعا الى ذلك نزول المرأة الى ميدان العمل . وعلى هذا الأساس يرى
الوالدان أن تأهيل الأئني للعمل قد يكون أفضل من ادخار مال لها لأن عملها
قد يدر عليها أكثر مما يدر هذا المال .

الا أن بيان التطور التاريخي لمركز البائنة في المجتمع الفرنسى لا ينفي
أن البائنة نظام مقرر في فرنسا وأن للوالدين حرية التبرع بالبائنة لأولادهم
عند الزواج .

وقد انتقد نظام البائنة وقيل أن هذا النظام يجعل الأزواج أكثر اقبالا على المورسات الاتى يكون فى وسع آبائهن أو امهاتهن تقديم بائنة تكفل ثروة للزوج ، وهذا يدخل فى الزواج عنصر اقتصادى أو عنصر من عناصر الرغبة المادى ، مثل هذا العصر ينبغي أن يظل بعيدا عن نطاق الزواج حتى يكون اقترانا روحيا بين شخصين تقصد به أغراضه الاجتماعية دون أن يكون مصدرا للكسب .

وأيا كان وجه الرأى فى مثل هذا النقد، فمن المحقق أنه لاغلو من الاسراف. ذلك أن من المشاهد فى الدول التى لم تأخذ بنظام البائنة أن اقبال الذكور على الزواج من العائلات الموفورة اليسار ظاهرة توجد فى جميع الجماعات، وقد يكون فى تنظيم البائنة تنظيم جزئى لهذه الظاهرة حيث ينقطع كثير من الخداع وتستقر الأمور بين الزوجين على أساس معلوم .

على أنه يراعى أنه ليس من الضرورى أن تقدم البائنة من أحد الوالدين أو الأقارب ، بل قد تقدم البائنة من أجنبي عن الزوجين كرجل من رجال الخير أو صديق للأسرة أو غير ذلك . وعلى هذا النحو يتضح أن البائنة قد تقدم من أحد الأبوين وان علا أو من الأبوين مجتمعين كما أنها قد تقدم من أجنبي .

والأمر الجوهرى فى البائنة أيا كان مقدمها أنها تنطوى على معنى التبرع ولكنها لاتعامل معاملة التبرعات من كل وجه، ولهذا يعتبر انشاء البائنة تصرفا من طبيعة خاصة .

طبيعة التصرف الخاص بانشاء البائنة :

من الواضح أن من يقدم البائنة للزوجة على سبيل التبرع انما يعقد تصرفا من التصرفات التى لا يحصل من ورائها على مقابل ، ومن الواضح كذلك أنه لا يوجد التزام يفرض على أى من الوالدين أن يقدم البائنة ، وقد كان فى الوسع أن تؤدى هاتان الحقيقتان الى القطع بأن انشاء البائنة هبة سافرة ينبغى أن تستوفى شرائط الهبة وأن تخضع للأحكام المتعلقة بالهبات من كل وجه. ولكن القضاء الفرنسى استقر على أمرين يختلفان عن الحقيقتين المتقدم ذكرهما بل ويتعارضان معهما .

الامر الأول: أن القضاء الفرنسى اعتبر أن انشاء الباتنة يعتبر وفاء بالتزام طبيعى متى كانت الباتنة مقدمة من الوالدين .

الامر الثانى: أن القضاء الفرنسى اعتبر أن انشاء الباتنة ليس من قبيل التبرع البحث وانما هى معاوضة من وجه .

فما يتعلق بالامر الأول قضت محكمة النقض الفرنسية بأن تقديم الباتنة من أحد الوالدين لا يعتبر مجرد تبرع بل هو وفاء بالتزام طبيعى ، ذلك أن الوالدين يلتزمان دون جزاء من القانون بتقديم معاونة لأولادهما حتى للأولاد حياة زوجية مستقرة . وإذا كان هذا الالتزام غير مكفول بجزاء من القانون فهو من قبيل الالتزامات الطبيعية التى تفرضها الروابط العائلية والاعتبارات الاجتماعية . وقد ناصر الفقه محكمة النقض فيما ذهبت اليه ولو أن فريقا منه لا يقر هذا المبدأ ، وسند هذا الفريق أنه لا يفهم أن يكون التبرع مستندا الى التزام طبيعى ولا سيما متى كان القانون نفسه قد أنكر على الأبناء حق الزام الآباء بتقديم الباتنة . وظاهر أن المذهب الغالب فى فرنسا يعتد فى تصويره هذا بالتقاليد الاجتماعية . ويترتب على هذه المقدمة نتائج سنعرض لها عند الكلام عن آثار انشاء الدوطة .

أما عن الأمر الثانى فقد أثير خلاف فيما يتعلق بشمخص انشاء الدوطة لفكرة التبرع ، ولكن القضاء والفقه أجمعا على أن الدوطة ليست تبرعا من كل وجه ، اذ أن تقديم التبرع يقابله التزام من الزوج أو الزوجين بالانفاق فى شئون الزوجية والتحمل بأعباء مالية فى سبيلها ، ولهذا لا يكون انشاء الدوطة مجرد هبة بسيطة ، يستوى فى هذه الناحية أن تكون الباتنة مقدمة من الأبوين أو من أجنبي عن الأسرة .

وعلى هذا الأساس يجتمع فى الباتنة عنصران هامان ، عنصر الالتزام الطبيعى الكائن فى أساس تقديمها وعنصر المعاوضة المتصل بارتباط الزوج بالحياة الزوجية وابعائها . وعلى أساس هذين العنصرين تنفرع نتائج أهمها :

(أولاً) أن فوائد البائنة تسرى من وقت الزواج ما لم ينص على غير ذلك.
(ثانياً) أنه لا يجوز الرجوع في البائنة ممن قلّمها على أساس التنكر
أو انكار الجميل ، ذلك أن البائنة تعتبر وفاة لالتزام طبيعي بالنسبة للوالدين
وتعتبر بوجه عام معاوضة من وجه بالنسبة الى كل من يقدمها .

(ثالثاً) استقر القضاء الفرنسي — رغم معارضة شديدة من الفقه —
على أن الدعوى البوليصية لا تطبق أحكامها على انشاء البائنة بوصفها تبرعاً
بل يعتبر هذا الانشاء في تطبيق أحكام تلك الدعوى معاوضة ، ولذلك يجب
لكي ترتب الدعوى أثرها أن يثبت الدائن أن الزوج الذي قدمت البائنة
لمصلحته كان متواطئاً مع مقدم البائنة المعسر ، فإن لم يقدّم الدليل على ذلك اعتبر
انشاء البائنة نافذاً في حقه . وهذه رعاية خاصة استقر عليها القضاء حماية
لمصلحة الأسرة رغم أن هذه الحماية تنطوي على اضرار بحقوق الدائنين .

(رابعاً) لا يشترط في انشاء الدوطة شروط الهبة من حيث الشكل
وان كانت تخضع بوصفها تبرعاً للالتزام الخاص برد التبرعات الى التركة .
ومع ذلك فمسألة الشكل ليست لها أهمية عملية بالغة لأن انشاء الدوطة يتم
في المشاركة وهذه تفرغ في الشكل الرسمي .

هذه هي طبيعة التصرف المنشئ للبائنة ، وإذا كانت البائنة تنحسر
عن تبرع يصدر لمصلحة الزوج أو الزوجة على حد سواء ، إلا أنها تصرف
اصطلاحاً الى ما يتم التبرع به للزوجة لكي يكون بائنة لها .

صور البائنة :

يلاحظ أن البائنة قد تتخذ صوراً مختلفة ، وقد تكون البائنة عقاراً
من العقارات وقدما كانت البائنة عقاراً على الدوام ، وقد تكون البائنة مالا
منقولاً كالمنفولات المادية أو الاسهم أو الاوراق المالية بوجه عام ؛ وقد
تكون البائنة مبلغاً من النقود وفي هذه الحالة يكون مقدم البائنة ملزماً باداء
المبلغ ويكون من المحتم أن يؤديه وتسرى الفوائد — كما تقدم على هذا المبلغ
من وقت الزواج ، ما لم يتفق في المشاركة على غير ذلك .

على أن البائنة قد تتخذ صورة أخرى تثير غير يسير من الاشكالات ؛ وهذه هي صورة الاراد المرتب . فقد يلتزم أحد الوالدين أو الوالدان معا بترتيب اراد لاحد الزوجين وفي هذه الحالة يعتبر الاراد المرتب هو البائنة . ورغم ما يكتنف هذه الطريقة من صعاب فهي طريقة لها ما يبررها أو زكيتها من الناحية العملية . فن الاشخاص من يحصل على دخل كبير دون أن يكون عنده مال يعتبر مصدرا لهذا الدخل ، من ذلك اصحاب المهن الحرة وبعض موظفي الهيئات الدولية ، مثل هؤلاء الاشخاص لا يناسبهم تقديم بائنة في صورة عقار أو منقول أو مبلغ من المال ، بل يكون أكثر ملاءمة لهم أن يقدموا ارادا مرتباً لمن يتزوج من اولادهم . ثم انه يلاحظ من ناحية أخرى ان الاراد المرتب قد يكون أنسب بالنسبة للوالدين من اصحاب الاموال فالترامهما بتقديم الاراد يعفيهما من التصرف في رأس المال ويسمح لهما في الوقت نفسه بمعاونة من يتزوج من أولاهما ، وقد يكون الوالدان في حاجة إلى الإبقاء على مالهما لاستعماله أو استغلاله في صناعة أو تجارة ؛ ولهذا ذاعت فكرة الانتجاع الى الاراد المرتب بوصفه بائنة . الا أن الاراد المرتب يثير مشاكل عديدة اهمها مشكلة انحلال الزواج وموت احد الزوجين . فاذا انحل الزواج فهل يظل الاراد الذي رتب نافذا يجرى على الزوج الذي حصل عليه بوصفه بائنة ؟ استقر العمل في فرنسا على ان الاراد يظل مرتباً ولو بعد انحلال الزواج ، وسندهم في ذلك ان الاراد قصد به ان يكون تبرعاً يظل مدى حياة من رتب لمصلحته ولم يقصد منه إلى أن يظل مرتباً مابقيت الزوجية قائمه ، وقد تنتحل الزوجية ويظل هذا الاراد جارياً على الزوج الذي رتب له ليستعين به على حياة زوجية أخرى .

أما في حالة الموت فيفرق في هذا الشأن بين ما اذا كان من مات هو من رتب الاراد لصالحه وبين ما اذا كان من مات هو من لم يربط الاراد لمصلحته من الزوجين ، فاذا مات من لم يربط الاراد لمصلحته ظل الاراد جارياً على الطرف الآخر تمثيلاً مع المبدأ المتقدم ذكره .

ولكن اذا مات من رتب الاراد لمصلحته فالأصل في هذه الحالة أن الاراد ينتهي بالموت اذ هو اراد مرتب مدى الحياة ، فاذا انتهت حياة من رتب لمصلحته وجب أن ينتهي الاراد . ولكن مثل هذا الحل

لا يتمشى مع الضرورات العملية . فقد يكون هناك اولاد انجهم الزوجان قبل موت من رتب الإراد لصالحه ، وقد يكون في وجود الإراد ما ييسر الاتفاق على هؤلاء الاولاد ، ولهذا جرى العمل في فرنسا على ان ينص في مشارطات اموال الزوجية على شرط يسمى بشرط ارتداد الإراد . ومؤدى هذا الشرط أن الإراد يكون بمثابة رقبى بالنسبة الى من رتبه بمعنى ان الإراد ينقطع اذا مات من رتبه كما ينقطع اذا مات من رتب لمصلحته ، وفي الحالتين يرد الإراد اما للزوجة واما الى أبنائها . فاذا كان الاب هو من رتب الإراد ومات ففي هذه الحالة ينقطع الإراد . ولكن الانقطاع نظرى لان الزوجة تحصل من تركه ايها على ما يقابل الإراد ، اما اذا ماتت الزوجة قبل ايها فونها يبعد الإراد الى الاب ، وفي هذه الحالة يقوم الاب بأداء الإراد للولاد ، وهذا هو معنى شرط ارتداد البائنة .

هذه هي صور البائنة . يبقى أن نبين كيفية اداء البائنة وضمانات الأداء .

كيفية اداء البائنة وضمانات الاداء :

الاصل في كيفية الاداء أن يؤدى البائنة واحد من الوالدين أو الأصول ، ومضى التزم واحد من أولئك ببائنة وجب أن تخرج البائنة من ماله ووجب أن يؤديها من هذا المال ، واذا التزم الأبوان سويا بأداء البائنة على سبيل الاشتراك أو التزاما متضامنين بأدائها وجبت البائنة في ذمة كل منهما بحق النصف . على أن هناك صورة خاصة هي الصورة التي يلتزم فيها الاب بأداء البائنة عندما يكون نظام الأموال الزوجية بالنسبة لهذا الأب هو نظام الاشتراك ، ففي هذه الحالة تخرج البائنة من المال المشترك وتؤدى منه ويبقى هذا الالتزام نافذا ولو انحل الاشتراك .

أما ضمانات اداء البائنة فهي تنحصر في أن مقدم البائنة يكون ضامنا لاستحقاقها على نحو ضمان البائع لأستحقاق الشيء المبيع ، وهذه نتيجة تتعارض مع اعتبار البائنة تبرعا وتتفق مع اعتبارها معارضة من وجه . فالواقع أن الأصل في الواهب أنه لا يلتزم بأى ضمان قبل الموهوب له ،

ولكن أريد حماية مصلحة الأمرة وضمان تنفيذ الالتزام بالباينة ، ولهذا فرض على مقدم البائنة أن يلتزم بضمان الاستحقاق وضمان التعرض أيضا ، وفي ناحية هذا الالتزام يتضح حرص الفرنسيين على حماية البائنة أو بعبارة أدق حماية الحياة الزوجية ، وفي الواقع أن الزام المتبرع بالضمان في التصرفات المتشقة للبائنة يعتبر استثناءا من الأصل العام الذى يقضى باعفاء المتبرع من كل ضمان ، ولكن اعتماد الزوجين على البائنة في حياتهما وانعقاد الزواج مع الاعتماد على هذه البائنة هما العنصران اللذان يبرزان الاستثناء .

هذا هو تعريف البائنة ، ونظام أموال الزوجية الذى يسمى بنظام البائنة لا يطبق دائما حيث توجد بائنة ولكنه يطبق بشروط خاصة . ذلك أن هذا النظام يمتاز من ناحيتين :

فن ناحية أولى يتيح نظام أموال البائنة التفريق بين نوعين من الأموال من جهة الزوجة : أموال البائنة Biens Dotaux ويسمى بعضها بعض الفقهاء في مصر الأموال المهرية ، وهذه الأموال تتكون من كل بائنة قدمت للزوجة وكل مال قدمته هي وقصدت أن يكون بائنة ، وأموال البائنة هذه يسرى عليها نظام خاص . ومن جهة أخرى قد يكون للزوجة فيما عدا أموال البائنة ما يسمى بالأموال الخالصة Biens Parapheranax ويسمى بعضها بعض الفقهاء في مصر بالأموال غير المهرية أى غير الداخلة في البائنة ، وهذا النوع الثانى يكون مملوكا للزوجة تملك هي وحدها حق التصرف فيه وحق إدارته وحق الانتفاع به .

ومن ناحية ثانية يكون لأموال البائنة نظام خاص ، فهي غير قابلة للتصرف في المحل الأول كقاعدة عامة ولا رد على عدم قابليتها بالتصرف الا استثناءات جاءت على سبيل الحصر . ثم أن للزوج أن يدير مال البائنة وأن يتصرف منه .

هاتان هما الناحيتان اللتان تميزان نظام أموال البائنة . وقد أدخل هذا النظام في القانون الفرنسى رغم معارضة شديدة . ذلك أن له مزايا وعيوباً يصح أن تكون محلاً للنظر .

مزاياء نظام البائنة وعبوبه :

أهم مزايا هذا النظام أنه يكفل من طريق حبس أموال البائنة بقاء قيمة مالية في نطاق من الحفظ . وهذا البقاء يسمح بالاتفاق على الشئون الزوجية رغم ما قد يطرأ على مركز كل من الزوجين من تغيير من جراء الاستدانة أو النزق في الاتفاق . فالبائنة تحقق في هذه الحدود بالنسبة الى الزوجية ما كان يحق له نظام الوقف الأهلي بالنسبة الى المستحقين فيه .

ولكن يعاب على نظام أموال الدوطه أنه أولا يحد من حرية التصرف على نحو قد يفوت مصالح الزوجين ، فقد يكون التصرف في المال في وقت من الأوقات محققا لمصلحة مالكه وما من شك في أن المنع من التصرف يفوت هذه المصلحة . بل وأبلغ من ذلك أن وجود نظام البائنة يرتب للزوجة حق رهن عام على عقارات الزوج وهذا الحق يظل باقيا ما بقيت البائنة . وعلى هذا النحو يؤدي هذا النظام الى اقامة صعوبات جديدة في سبيل التصرف في أموال الزوج .

ولهذا اتجه خصوم نظام أموال البائنة الى اعتبار هذا النظام صورية أخرى من صور حبس الأموال واخراجها من التعامل على نحو يضرب بالاقتصاد القومي .

ورغم ذلك فقد بقي نظام أموال البائنة حتى اليوم في القانون الفرنسي . الا أن المشرع قد شعر بحاجة ملحة الى ادخال عنصر من عناصر المرونة فيه ، ولذلك صدر تشريع سنة ١٩٤٢ محققا لهذا الغرض .

تلك مميزات نظام أموال البائنة ، وهذه منزلته من ناحية المزايا والعيوب . ولكن يلاحظ أن هذا النظام لا يطبق الا اذا نص على تطبيقه في مشاركة أموال الزوجية أو ظهر من نصوص المشاركة بوضوح أن نية الزوجين انصرفت الى ذلك ، فليس يكفي إذن أن توجد بائنة مقدمة من الغير أو من أسرة الزوجة أو من أسرة الزوج أو من الزوجة نفسها ، بل ينبغي أن تقرر المشاركة اختيار الزوجين لنظام أموال البائنة . اذ الواقع أن هذا النظام يؤثر تأثيرا بليغا في مصالح الغير ، فهو من ناحية يجعل أموال البائنة غير قابلة

للتصرف، وهو من ناحية أخرى يرتب للزوجة حقوقاً على أموال الزوج .
ولهذا ينبغي أن يكون الغير على بينة من أن الزوجين قد اختارا النظام
المقدم ذكره .

وبلاحظ أن مبدأ عدم جواز تغيير النظام المالى يمنع دائماً من أن ينشأ
نظام أموال البائنة بعد الزواج أو من أن يعدل هذا النظام إن كان قد نشأ .

ونظام أموال البائنة ينشئ مركزاً خاصاً لأموالها ، فالذى يعتبر إذن
من أموال البائنة ؟ يدخل في أموال البائنة طائفتان من الأموال سيأتى ذكرهما
فيما بعد ، أما ماعدا ذلك فيعتبر من الأموال الخالصة . والأصل في أموال
الزوجة أن تكون خالصة والاستثناء هو دخولها في البائنة ، وعلة هذا الأصل
أن أموال البائنة تقيد من حقوق الزوجين ، والأصل بالنسبة الى الحقوق
هو الحرية . ويترتب على هذه القاعدة أن على من يدعى أن مالا من الأموال
يدخل في البائنة أن يثبت ذلك فعب' الاثبات يقع على المدعى في هذه الحالة ،
لأنه يتمسك بما يخالف القرينة المستخلصة من أن الأصل في مال الزوجة
أن يكون خالصاً .

ويدخل في البائنة — كما تقدم — طائفتان من الأموال :

(الأولى) الأموال التى تقدمها الزوجة وتقرر صراحة أنها داخلة
في البائنة . وقد تقدم الزوجة مالا مميئاً بذاته ، وقد تقرر الزوجة أنها تدخل
في البائنة جميع الأموال التى كانت تملكها قبل الزواج ، وفي هذه الحالة
تدخل هذه الأموال في البائنة وتخضع لنظامها ، وقد تقرر الزوجة أنها تدخل
في البائنة جميع الأموال التى ملكتها في الماضى والتى تملكها في المستقبل ،
وفي هذه الحالة يدخل كل مال من أموالها الماضية أو المستقبلية في البائنة .

إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة ما يأتى :

١ — بالنسبة الى الأموال التى تملكها الزوجة قبل الزواج ، إذا قررت
الزوجة أن جميع الأموال التى كانت تملكها قبل الزواج تدخل في البائنة ،
فمثل هذا التقرير يقتضى عقلاً أن ما ثبت لها ملك فيه قبل الزواج يعتبر
من أموال البائنة ، أما ما يجد فيه سند ملكيتها بعد الزواج فلا يدخل

فيه أموال البائنة ، وكذلك الشأن فيما لو كانت الزوجة قد باعت بيع وفاء قبل الزواج ثم تخلف المشتري عن الوفاء بانئن فعادت إليها الملكية بعد الزواج .
ففى هاتين الحاليتين يدخل المال فى أموال البائنة ولو أن سند الملك فيه قد جد بعد الزواج .

٢ - ويلاحظ بالنسبة إلى الأموال التى تدخل فى نطاق البائنة، سواء كانت من قبيل ما هو معين بالذات أم من قبيل الأموال الماضية أو السابقة على الزواج فى حملها، أنه قد يقع أن يباع مال من هذه الأموال أو أن يشتري به مال جديد أو أن يشتري بثمان ما يبيع مال جديد ، وفى هذه الصور يدخل المال الجديد فى البائنة باعتبار أنه محل حلولاً عينياً محل مال من أموال البائنة فلا ينظر فى هذه الناحية إلى حداثة سبب الملك وإنما ينظر إلى أن واقعة من وقائع الإستبدال قد تمت إذا استبدل بالمال القديم مال جديد من طريق ما يسمى بحق الإستعمال - أو بعبارة أدق حسن الاستبدال .

ومن أجل ذلك يشترط فى الاستبدال أن يتحقق الشهر بالنسبة إلى المال الجديد على نحو ييسر للكافة العلم بدخوله فى أموال البائنة وحلوله محل مال سبق أن دخل فيها .

(الثانية) أما الطائفة الثانية من الأموال التى تدخل فى البائنة فهى كل بائنة تقدم للزوجة من أحد أبوها أو أحد الأقارب أو من الغير ، ومثل هذا المال يدخل فى أموال البائنة دون حاجة إلى نص يقرر ذلك فى مشاركة أموال الزوجية مادام الزوجان قد اختارا فى هذه المشاركة نظام أموال البائنة .

ويلاحظ أنه من الممتنع إنشاء نظام أموال بائنة بعد الزواج ، كما أنه من الممتنع إضافة مال إلى أموال البائنة أو الانتقاص من أموال البائنة طيلة مدة قيام الزوجية كقاعدة عامة . والاصل فى هذه القاعدة العامة هو عدم جواز تغيير نظم الأموال الزوجية أثناء قيامها . إلا أن هذا الاصل قد يقبل الاستثناء فى حدود خاصة .

فيلاحظ من ناحية أنه يجوز للواهب أن يهب مع النص على عدم جواز دخول هذا المال فى أموال البائنة حين تكون هذه الأموال شاملة لأموال

الزوجة الحاضرة والمستقبل على حد سواء . ومن الواضح أن الواهب في هذه الحالة يتقص بشرطه هذا من أموال الباتنة ، اذ يخرج منها مالا يستينه الزوجة بسبب حادث بعد الزواج . ولكن من المقرر في هذه الحالة أن شرط الواهب ينبغي العمل به لاعتبارات عملية ، اذ أن الواهب قد لا يرضى الهبة فيما لو تحقق من دخولها في أموال الباتنة . وغنى عن البيان أنه لو فرض أن الواهب وهب مالا بشرط ادخال هذا المال في أموال الباتنة حيث يقصر عقد الزواج هذه الأموال على ما كان مملوكها للزوجة من قبل ، ففي هذه الحالة لا يعمل بشرط الواهب وتكون الهبة داخلة في نطاق الأموال الخالصة . وعلة ذلك أن المشرع أراد أن يكفل حماية الغير ، والغير لا يطالبه الا بالاطلاع على عقد الزواج أى على مشاركة أموال الزوجية ليقف على مدى ما يدخل في الباتنة من مال ، ولا يجوز للغير أن يعدل بهيته من مدى ما يدخل من الأموال في الباتنة .

على أن المبالغ النقود التي تعطى كباتنة وضعا خاصا ؛ فهذه المبالغ تعتبر قابلة للاستعمال . ويقرر التشريع الفرنسي أن هذه المبالغ إن كانت من أموال الباتنة فهي بذاتها تعتبر جزءا من تلك الاموال ، ولكن اذا تغير وضع النقود بأن اشترى بها عقار أو منقول ففي هذه الحالة لا يحل العقار أو المنقول محل المبلغ الذي انفق لشرائه الا إذا وجد شرط خاص يقضى بذلك في مشاركة أموال الزوجية . فبالنسبة الى النقود لا يتم الحلول العيني الذي أشرنا اليه آنفا إلا بمقتضى شرط خاص في المشاركة ولا يغنى عن هذا الشرط الخاص أن ينق الزوجان على ذلك أو أن تقرر الزوجة ذلك . فإن وجد شرط في المشاركة كان ما يشتري بالنقود داخلا في أموال الباتنة ، وإن لم يوجد مثل هذا الشرط اعتبر المال الذى اشترى مالا خالصا للزوجة أو ملكا خاصا للزوج على تفصيل لا محل للخوض فيه .

هذه هي القواعد الاساسية الخاصة بتقسيم الأموال في حالة اختيار الزوجين لنظام أموال الباتنة . وستناول أولا مركز أموال الباتنة ثم نتناول بعد ذلك مركز الأموال الخاصة .

(أولاً) مركز أموال البائنة :

هذه الاموال تتمتع بمركز خاص وتتميز كما قدمنا كقاعدة عامة بأنها غير قابلة للتصرف ، ولهذا ينبغي أن تتناول سلطة الزوج على أموال البائنة في حدود الادارة والانتفاع ، ثم تنتقل بعد ذلك إلى سلطته بالنسبة إلى الخطر الخاص بعدم التصرف .

١ - ادارة أموال البائنة والانتفاع بها :

للزوج على أموال البائنة حق عام في الادارة والانتفاع ، فهو يدير هذه الاموال وهو الذي ينضج منها بمقتضى حق انتفاع يقرره القانون . على أن الادارة تتسع بالنسبة إلى المثلثات التي تدخل في أموال البائنة ، فتجيز للزوج حق التصرف فيها ، فللزوج أن يتصرف في المثلثات ، وفي المنقولات اطلاقاً متى كانت هذه المنقولات قد جردت ، ذلك أن جرد المنقولات يحدد قيمتها ويصبح الزوج مديناً بهذه القيمة . والحكمة في هذه القاعدة أن المثلثات والمنقولات تحتاج بطبيعتها إلى التصرف ولهذا يتيح للزوج أن يتصرف فيها ، ولا خوف من ذلك لأن للزوجة حق رهن عام على أموال الزوج . والعادة أن المثلثات التي تسلم بوصفها من أموال البائنة تكون معينة من حيث القدر والنوع ، أما المنقولات فيها ما يكون معيناً في المشاركة ، ومنها ما يعين بمقتضى جرد خاص ، ويجرى هذا الجرد بالنسبة إلى الأمتعة المنزلية كالاثاث والمفروشات والأواني وغير ذلك .

وسنعرض أولاً لحق الزوج في الادارة ثم ننتقل بعد ذلك إلى دراسة حقه في الانتفاع .

١ - حق الزوج في الادارة : للزوج أن يدير موال البائنة متمتعاً بأوسع سلطة في الادارة ، فله أن يرفع الدعاوى على المدينين وله ان يقوم بتحصيل الديون وان يرفع جميع الدعاوى المتعلقة بأموال البائنة ، وله أن يقوم باجراء اعمال الحفظ والصيانة . فسلطة الزوج فيما يتعلق بالادارة سلطة واسعة تشمل كل ما ينتدرج تحت هذا الاصطلاح من الأعمال كالتأجير والاستغلال المباشر والحفظ والصيانة والتجديد وغير ذلك .

الا ان سلطة الادارة كما قدمنا تناول التصرف في المنقولات . ولم يكن هناك نص صريح في شأن سلطة الزوج في التصرف في المنقولات ، ولكن القضاء جرى على اقرار حق الزوج في ذلك ، فأبيح له ان يتصرف في جميع المنقولات . وحكمة ذلك أن هذا التصرف في مصلحة الزوجين لان بقاء المنقول محبوسا قد يكون ضارا بهذه المصلحة . وقد أقر تشريع سنة ١٩٤٢ سلطة التصرف هذه وجعل للزوج أن يتصرف في المنقولات كلما اقتضت الضرورة ذلك ، ولا يقصد بهذا القيد الاخير الا مجرد التوجيه ، بمعنى أن محبة التصرف لا تتوقف على وجود هذه الضرورة ؛ وهذه ناحية من النواحي التي يتضح فيها أثر تشريع سنة ١٩٤٢ في تعديل نظام أموال البائنة واسعافه بما كان يعوزه من عناصر مرونة . ولهذا ابيح للزوج أن يبيع الأسهم والسندات وأن يقبل حوالة الديون بمقابل وان يبيع المنقولات المادية التي تبلى أو يحسن الاستعاضة عنها . واذا كانت سلطة الزوج في التصرف في المنقولات تفتح بابا غشيا منه على مستقبل أموال البائنة ، فقد تكفل العمل بمواجهة هذا الاحتمال . ولذلك استقر القضاء على جواز تعديل سلطات الزوج في الادارة بوجه عام وما يستتبعها من تصرف في المنقول من طريق ما يسمى بشرط الاستبدال ، ومؤدى هذا الشرط أن على الزوج كلما تصرف في منقول من المنقولات أن يستبدل بثمنه منقولا آخر حتى تظل أموال البائنة باقية دون انتقاص . والغريب أنه جعل لمثل هذا الشرط قوة ملزمة بالنسبة الى الغير الذي يتعامل معه الزوج ، فهذا الغير يلزم بأن يحقق شرط الاستبدال ، فاذا كان الغير مدينا مثلا واقتضى الزوج الدين منه ، وجب على المدين أن يشترط للوفاء قيام الزوج بالاستبدال والا كان الوفاء غير صحيح وكان للمدين تبعا لذلك أن يمتنع عنه . فمثلا لو فرض أن اللوطة كانت تشتمل على سندات مودعة في بنك من البنوك وطلب الزوج هذه السندات لبيعها ففي هذه الحالة يلزم البنك بأن يطالب الزوج باجراء الاستبدال .

ويقصد بالغير الذي يطالب بالاشراك في تنفيذ شرط الاستبدال كل مدين عال من أموال البائنة أو كل مدين بالبائنة نفسها وكل وديع توجد في يده أموال البائنة كالمصارف وسماسرة الاوراق المالية أحيانا والموثقين في بعض الاحيان . وكثيرا ما يعتمد الغير الى اشراط انتهاء مهمته بتقديم فاتورة معينة أو بتقديم بيانات معينة .

على أن الأمر لا يقف فيما يتعلق بتعديل سلطات الزوج في الإدارة عند هذا الحد، فقد يتناول التعديل اتفاق الزوجين على أن يكون للزوجة حق الإدارة دون الزوج . وقد ذهب الفقه الى ابطال مثل هذا الاتفاق ، ولكن القضاء جرى على النقيض من ذلك على صحة الشرط ولا سيما اذا قصد به تسليط الزوجة على الإدارة بالنسبة الى جزء من المال يكفي بيعه لمواجهة اعباء الحياة الزوجية ونفقات الزوجة بالذات.

وكذلك اجيز أن يتم التعديل بطريق غير مباشر من طريق ائابة الزوج للزوجة في الإدارة بمقتضى توكيل خاص ومن طريق الترخيص القضائي للزوجة بالنيابة عن الزوج اذا ما طرأ ما ينتقص من أهليته .

هذه هي حدود سلطة الزوج في الإدارة ومدى ما رد على هذه السلطة من تعديل . ومن الواضح أن هذه السلطة لا تتناول الأعمال الإدارية البحتة فيما خلا ما يتصل بالمنقولات ، ولهذا لا تبيح سلطة الإدارة للزوج حق التصرف في العقار أو حق اجراء القسمة العقارية أو حق قبول التركة أو رفضها في حدود ابلولة مال بائنة منها . أما كيف نعيد المعيار الذي يجرى عليه الزوج في الإدارة فالرأى مستقر على أن من واجب الزوج أن يتوخى في هذه الإدارة بذل ما يبذله الرجل المتوسط الحرص من العناية وإلا كان مستولا.

٢ - حق انتفاع الزوج : للزوج أن يحصل على ريع أموال البائنة وعلى ثمرات هذه الأموال وهو في هذا يتمتع بنوع من أنواع حق الانتفاع . ولم يصرح القانون الفرنسي بذلك إلا أن القاعدة تستخلص من نصه على إلزام الزوج بمثل ما ينتفع به صاحب حق الانتفاع . وتطبيقاً لهذه القاعدة يكون للزوج أن يحصل على إيجار المباني وفوائد السندات وفوائد القروض وأرباح الأسهم وثمار الأراضي الزراعية وغير ذلك مما يندرج تحت اصطلاح الربح أو الإيراد أو الثمرات .

وحكمة تمكين الزوج من الإنتفاع على هذا الوجه أن ريع أموال البائنة وثمارها يعتبران من قبيل مساهمة الزوجة في نفقات الحياة الزوجية ،

فهذا الريع وتلك الثمار يمثلان نصيب الزوجة في النفقات المتقدم ذكرها ولا سيما أن الحال ناطق بأن الزوجة تمتلك مالا وأن هذا المال يقل دخلا .

وهذه الحكمة بذاتها هي التي يتفرع عليها مبدآن من أهم المبادئ التي تسرى على الزوج فيما يتعلق بحق انتفاعه هذا :

أول هذين المبدئين أن إيراد أموال البائنة سواء أكان من قبيل القوائد أو الريع أو الثمرات يعتبر غير قابل للحجز ومعنى هذا أن ذلك الإيراد لا يجوز الحجز عليه من دائي الزوج أو دائي الزوجة ما بقي متصلا بأصله ، ومعنى هذا أن الثمرات التي لم تفصل والريع الذي لم يقبضه الزوج لا يجوز حجزه مباشرة أو بطريق حجز ما للمدين لدى الغير ، أما متى تم انفصال الثمرات ودخلت في حيازة الزوج ، ومتى تم قبض الريع ودخل في ذمة الزوج ، ففي هاتين الحالتين تصبح الثمار كما يصبح الريع جزءاً من أموال الزوج ، وهذه الأموال لا تتمتع بحصانة تعصمها من الحجز ، ولذلك يجوز للدائنين حجزها دون تفريق بين ما حصل عليه الزوج من إيراد البائنة وما حصل عليه من طريق آخر .

على أنه روعي أن القضاء الذي استخلص مبدأ عدم جواز الحجز من طريق الاجتهاد يمنح إلى توفير تلك الحصانة للحد اللازم للاتفاق على الحياة الزوجية . فإن كان إيراد البائنة يفيض عن تلك الحاجة جاز الحجز على القدر الفائض . بل إن القضاء أجاز حتى في حدود القدر اللازم للاتفاق على الحياة الزوجية توقيع الحجز من الدائنين الذين تكون ديونهم قد ترتبت في مقابل نفقات حقيقية أنفقت على شئون الزوجية كديون مordى المأكولات أو الملابس وما إلى ذلك .

ثاني هذين المبدئين هو ما استخلصه القضاء بشأن عدم جواز التنازل عن ريع أموال البائنة وثمارها بطريق الحوالة ، فلا يجوز للزوج أن يتنازل عن ذلك الريع وهذه الثمرات لمصلحة الغير والافات الحكمة من تخصيص مال البائنة للاتفاق على الحياة الزوجية ، ولهذا لا يجوز للزوج أن يرهن عقارات البائنة أو أن ينزل بطريق الحوالة عن ريعها .

٢ - قاعدة عدم جواز التصرف في البائنة :

أهم ما يشخص مال البائنة أن هذا المال غير قابل للتصرف أو ما هو بعبارة أخرى مال محبوس ، وهذه الميزة ترجع إلى عهد الرومان ، وقد استقرت في تقاليد القانون الفرنسى القديم وانتقلت إلى التشريع الحديث ، وكانت نصوص القانون الفرنسى في شأنها مقتضبة كل الاقتضاب . وقد ترتب على هذا تردد القضاء في حلوله واضطراب هذه الحلول أحيانا . ولكن المشرع الفرنسى تدارك الأمر في سنة ١٩٤٢ وأدخل في صدد فكرة الحبس إصلاحات جسيمة .

ينبغي بالنسبة إلى تطبيق تلك الفكرة التفريق بين المنقول والعقار ، فالواقع أن العقار هو الذى كان يتجه إليه المحرص قديما ولهذا ظفر العقار بعناية خاصة ، أما المنقول فلم ينل من عناية المشرع القسط الذى يستحق الا في فترة متأخرة :

١ - العقارات : تعتبر عقارات البائنة غير قابلة للتصرف بحكم تخصيصها لإقامة الحياة الزوجية وصفان الانفاق عليها . وهذا التخصيص هو الذى يتحكم في تكييف مبدأ عدم جواز التصرف . فالاصل أن عقارات البائنة لا يجوز أن يتم فيها التصرف من طريق البيع أو الرهن أو الهبة أو التأجير لفترة تجاوز تسع سنوات ، اذ لو قيل بغير ذلك لأمكن ازالة التخصيص الذى يميز هذه الأموال ويبرر حبسها ، فبالنسبة للعقار اذن يمنع في العمل الأول كل تصرف من التصرفات ثم ان منع التصرف يستلزم من ناحية اخرى تقرير قاعدة مكملة هي قاعدة عدم جواز الحجز .

واخيرا يقتضى التقريب بين القاعدتين السابقتين عدم جواز التقادم . فظما يتعلق بالقاعدة الأولى وهي قاعدة عدم جواز اجراء أى تصرف من التصرفات الناقلة للملك أو المرتبة لحق عيني ، يلاحظ أن البيع ممنوع اطلاقا وكذلك الرهن ، يستوى في هذا المنع الزوج أو الزوجة أو الزوجان معا . وكذلك يسرى الحكم نفسه في شأن الهبات ، لان الهبة تصرف يزىل الملك . الا أنه يستثنى من ذلك الهبة لتزويج الأولاد ، وكذلك الهبة التى تفخذ بعد موت

الزوجة إذ بالموت ينضم رباط الزوجية ونزول العلة التي أنشئ التخصيص من أجلها . ولهذا أجاز للزوجة أن توصي بمال البائدة إذ الوصية تصرف يضاف إلى ما بعد الموت .

الا أنه يلاحظ أن مبدأ عدم جواز صدور تصرفات ناقله للملك أو ترتيب حقوق عينية في أموال البائدة لا يحول دون ترتيب حقوق عينية بحكم القانون ومن ذلك بوجه خاص حقوق الإمتياز القانونية وحقوق الارتفاق القانونية .

ففيما يتعلق بحقوق الإمتياز لو فرض أن مال البائدة خصص لشراء عقار وكان هذا المال جزءا من الثمن فحق إمتياز البائع في هذه الحالة يتناول العقار بأسره دون أن يخرج منه الجزء المقابل للبائدة . وكذلك الشأن في حق إمتياز المهندس وحق إمتياز المتقاسم فيما لو كان مال البائدة قد عهد به إلى مهندس لأصلحه أو كان هذا المال حصة شائعة في مال تمت قسمته . ففي هذه الصور جميعا يترتب للغير حق عيني هو حق الإمتياز رعاية لمصلحة هذا الغير وتمشيا مع أحكام القانون .

وفيما يتعلق بالارتفاقات القانونية يجوز للجار الذي يملك مالا محصورا من جميع الجهات أن يحصل على حق ارتفاق بالمرور على عقار من عقارات البائدة متى توافرت الشروط التي يقرها القانون لاجابة مثل هذا الطلب .

هذا هو المقصود بمبدأ عدم جواز التصرف ، وقد تقررت جزاءات تكفل صيانة هذا المبدأ هذه الجزاءات ترد إلى بطلان كل تصرف يصدر على خلاف الحظر المقرر . ومن الجوهري أن تثبت طبيعة هذا البطلان وأن نعين من يجوز له التمسك به وأن نعرض لآثار هذا البطلان ولكيفية انقضاء دعوى البطلان في هذه الحالة .

والبطلان يترتب سواء وقع التصرف من الزوج أو من الزوجين معا أو من الزوجة بموافقة الزوج . فإذا وقع التصرف من الزوج كأن باع الزوج عقار البائدة ، فهذا البيع هو بيع للملك الغير تسرى في شأنه القواعد المقررة في شأن بطلان البيع الصادر من غير مالك . ولذلك يعتبر هذا البيع غير نافذ في حق الزوجة ، ولهذا تستطيع الزوجة أن تسرد العقار المبيع برفع دعوى استحقاق باعتبارها صاحبة الملك فيه .

وإذا صدر التصرف من الزوجة والزوج في هذه الحالة يكون التصرف باطلاً والبطالان هنا نسبي أيضاً في القانون الفرنسي وكذلك الحكم فيما لو صدر البيع من الزوجه وحدها .

هذه هي طبيعة البطلان في تلك الصور . أما حق التمسك بالبطالان فهو مقرر للزوج أو للزوجة أو وريثة الزوجة أو فريق من دائي الزوجة .

فللزوج أن يتمسك بالبطالان لا بوصفه بائعاً بل بوصفه مديراً لأموال الدوطة وبوصفه صاحب مصلحة في الأبقاء على هذه الأموال ، وللزوجة أن تتمسك بالبطالان باعتبار أن حماية أموال الدوطة شرعت لمصلحتها . كذلك الحكم بالنسبة لورثة الزوجة .

أما الدائون فقد أثير في شأنهم خلاف دقيق ، فن المفهوم أولاً أن الدائنين في صدد البطلان هم دائنوا الزوجة السابقين على الزواج أو فريق آخر من دائنيها اللاحقين للزواج ، وسيأتي تعيين هذا الفريق فيما بعد . والمهم أن الفقه كان يميل الى انكار حق التمسك بالبطالان على الدائنين بدعوى انتفاء مصلحتهم ، اذ من الواضح أن البطلان يؤدي الى رد العين الى البائنة والبائنة لا يجوز الحجز عليها ، فأى مصلحة للدائنين اذن في أن يتمسكوا بالبطالان ؟ الا أن محكمة النقض الفرنسية أقرت حق الدائنين في التمسك بالبطالان مستندة الى أن لهم مصلحة آجلة في هذه الأموال .

ومنى تم التمسك بالبطالان وأجاب القضاء طلب صاحب المصلحة في التمسك به زالت آثار العقد الباطل زوالاً يستند الى الماضي ووجب رد العاقدين الى الحالة التي كانوا عليها من قبل ، ولكن هذا الرد يحتاج الى شيء من التفصيل ، فلو كانت الزوجة هي البائنة فالأصل أنها لا تلزم برد الثمن الا في حدود ما عاد عليها من منفعة ولا يجوز للدائن أن يلزمها على أساس الضمان بأى التزام آخر . الا أن الزوجة قد تنص في العقد على أنه اذا اتضح أن العقار المبيع داخل في أموال البائنة أو اذا وقع البطلان تلزم الزوجة بالضمان في أموالها الخاصة ، ففي هذه الحالة يجوز الرجوع عليها بتعويض كامل في أموالها الخاصة .

أما الزوج فيرجع عليه المشتري بالثمن كله ويرجع عليه أيضا بالتعويض في أمواله لأن الزوج قد التزم بضمان الاستحقاق ولا يجتمع استحقاق مع ضمان . على أن دعوى البطلان تنقضى بالتقادم أو بالاجازة ، الا أن الاجازة التي تصدر ويكون من شأنها ازالة حق طلب الابطال لا تتحقق الا اذا انحلت الزوجية ، ولا يقاس على انحلال رباط الزوجية مجرد الفصل بين أموال الزوجين .

ولما كان التقادم القصير الخاص بزوال حق طلب الابطال وهو في فرنسا ١٠ سنوات قد بنى على قرينة الاجازة الضمنية فهذا التقادم لا يسرى الا ابتداء من انحلال رباط الزوجين .

ويتضح من ذلك أن من النادر أن يقبل أى شخص على شراء عقار من عقارات الدوطة عن بيته منه ، وان من يعمد الى ذلك يظل تحت رحمة الزوجين ، فان شاء أجازت الزوجة بعد انحلال رابطة الزوجية أو أحجم الزوجان عن التسكك بالبطلان طيلة مدة التقادم التي لا تبدأ الا من وقت انحلال رباط الزوجية .

أما فيما يتعلق بقاعدة عدم جواز الحجز على عقار البائنة فالاصل ان عقار البائنة لا يجوز ان يكون محلا للحجز والا أصبح التصرف فيه ميسورا بطريق غير مباشر ، ولكن هذا الاصل ترد عليه استثناءات ترجع الى رغبة المشرع في حماية حقوق الدائنين ، ويمكن إجمال هذه الاستثناءات فيما يلي :

١ - يجوز لمن ترتبت ديونهم في ذمة الزوجة قبل الزواج أن يحجزوا عقارات البائنة ، فتي كانت الزوجة مدينة قبل الزواج وجب ان تصان حقوق دائئتها ، ولا يقف في سبيل هذه القاعدة الا ما قد يصدر من هبات مكون للبائنة من الغير وينص فيها على وجوب تخصيصها لتفقات الحياة الزوجية المقبلة دون أن يكون للدائنين الشخصيين السابقين حق عليها .

٢ - هذا الاستثناء الثاني يرجع إلى مصدر الدين ، فإذا كان الدين صادراً عن مصدر غير تعاقدى جاز أن يحجز به على مال البائنة ، فن ذلك مثلا الديون المترتبة على ما يصدر من الزوجة من أفعال ضارة أو نافعة كما

لو دهمت ماراً في الطريق أو أوتت على حساب الغير ، وكذلك الديون التي يكون مصدرها نص القانون مباشرة كدين الضرائب ودين النفقة المقرر لمن تجب نفقته على الزوجة ، يضاف إلى هذا الديون التي يكون مصدرها عقد أو يقصد منها إلى المحافظة على أموال البائنة كالمصروفات القضائية وديون المهندسون الذين يقومون بإصلاح العقارات وما إلى ذلك .

ولكل من هذين الاستثنائين ما يبرره إلا أن النظر إلى الأمرين المتقدم ذكرهما بوصفهما من الاستثناءات استتبع عملاً التضييق من نطاقهما . ففيما يتعلق بالاستثناء الخاص بالديون المترتبة قبل الزواج اشترط أن يكون الدين ثابت التاريخ قبل انعقاد الزواج ، وثبوت التاريخ هنا لا يعتبر شرطاً لجواز الاحتجاج بالدين على الغير بل يعتبر على خلاف القاعدة العامة شرطاً لجواز الاحتجاج بالدين على الزوجة نفسها ولو طردت القاعدة العامة لما كان هناك عمل لهذا الشرط ، إذ أن ثبوت التاريخ لا يعتبر شرطاً للاحتجاج بهذا التاريخ نفسه على من كان طرفاً في العقد ولكن المشرع أراد في هذه الحالة أن يجعل مال البائنة قابلاً للمحجز على سبيل الاستثناء شرطاً استثنائياً يكفل جدية التثبت من أسبقية تاريخ الدين على الزواج .

ويراعى من ناحية أخرى أنه بالنسبة إلى الأفعال الضارة الصادرة من الزوجة فرق القضاء بين قسمين ، ما يعتبر من قبيل التقصير الواقع عند التعاقد المنشئ للزوجة وبين التقصير اللاحق أو الخارج عن نطاق التعاقد .

ففيما يتعلق بالنوع الأول قد يلجأ الزوجان إلى التقصير في اتخاذ الإجراءات الخاصة بإثبات وصف عقارات البائنة حتى يتاح لهما على أساس هذا الإغفال أن يمدح الغير ، وقد استقر القضاء الفرنسي على أنه إذا ثبت أن الزوجة كانت سيئة النية بمعنى أنها تعلم بتخلف الإجراءات اللازمة لإثبات الغير ومع ذلك لم تكشف للغير عن هذه الحقيقة ، ففي هذه الحالة تلزم الزوجة بالتعويض وينفذ بالتعويض على عقارات البائنة .

وعلى التقصير من ذلك إذا ثبت أن تقصير أوقع من الزوجة ولكن بحسن نية ، ففي هذه الحالة قد يقضى عليها بالتعويض ولكن لا يجوز حجز أموال البائنة على أساس الحكم الصادر بهذا التعويض .

وفى هذا الاستثنائين المتقدم ذكرهما لا يجوز للدائنين الذين نشأت ديونهم ابان الزواج. أن يحجزوا أموال البائنة يستوى فى هذا من يكون دائماً للزوج أو للزوجة ، والحكم مفهوم بالنسبة إلى دائن الزوج لأنه غير ذى حق فى رتبة البائنة ، بل ويرى القضاء فى فرنسا أن ثمار أموال البائنة وان كانت مملوكة للزوج لا يجوز حجزها بالنسبة إلى القدر اللازم للاتفاق على شئون الزوجية .

وكذلك الحكم بالنسبة إلى دائنى الزوجة فهؤلاء الدائتون نشأت ديونهم أثناء قيام الزوجية وكانوا يعلمون أن أموال البائنة مخصصة لشئون الحياة الزوجية ، فلم يكن من حقهم أن يمتدوا عليها كضمان للوفاء بديونهم . ولا يستثنى من هؤلاء الدائنين الا من نشأت ديونهم بسبب الاتفاق على شئون الحياة الزوجية فمن حق هؤلاء الدائنين أن يمتدوا على ريع أموال البائنة ، وعلى هذه الأموال نفسها .

وبدسرى أن عدم قابلية الحجز تبقى ما بقيت الزوجية قائمة ، فإذا انحل رباط الزوجية كان للدائنين الذين تنشأ ديونهم بعد ذلك حق الحجز على أموال البائنة .

وفى ما يتعلق بقاعدة عدم جواز تقادم أموال البائنة ، فان ملك الزوجية لا ينتقل بالتصرف ولا يكتسب بالتقادم المكسب ، كما أن التقادم المسقط لا يرد على أموال الزوجية . ففى ما يتعلق بالتقادم المكسب لا يجوز للغير أن يملك عقار البائنة استناداً إلى التقادم إلا إذا كان سريان التقادم قد بدأ قبل الزواج ، فلم يتحقق مثل هذا الظرف لا يجوز أن تكون حيازة مال البائنة أساساً لتملك المال بالتقادم . والحكمة فى ذلك هى الاشفاق من أن يؤدى التقاضى عن التملك بالتقادم إلى التحايل على أحكام القانون واتخاذ التقادم ستاراً للتصرف . ويطبق الحكم نفسه على التقادم المسقط فلا يسقط حق عيني مرتب لمصلحة عقار البائنة بالتقادم المسقط المبني على عدم الاستعمال كما لو فرض أن لعقار البائنة حق ارتفاق على عقار مجاور فهذا الحق لا يسقط بالتقادم المسقط .

على أنه يلاحظ أن قاعدة عدم جواز تقادم أموال البائنة وحرمان الغير من تملكها بالتقادم المكسب أو المسقط ، هذه القاعدة لا تسرى الا بشرطين :

الاول : أن تظل الزوجية قائمة . والثاني : ألا تكون أموال الزوجية قد فصلت . فان انتهت الزوجية سرت القواعد العامة في التقادم، وان فصلت أموال الزوجية أثناء قيام الزوجية سرت أيضا القواعد العامة في التقادم . وليس لهذه القاعدة مبرر الا التقاليد القديمة .

الاستثناءات التي ترد على مبدأ عدم قابلية عقار الدوطة للتصرف .

هذا هو معنى عدم قابلية عقار البائنة للتصرف ، وتلك هي تطبيقات المبدأ ، بيد أن هذا المبدأ ترد عليه طائفتان من الاستثناءات : الاولى اتفاقية ، والثانية قانونية .

ومرجع الاستثناءات الاتفاقية هو مشاركة أموال الزوجية ، فاذا اتفق في تلك المشاركة على جواز التصرف في عقار البائنة كان هذا العقار قابلا للتصرف ، ولكن استقر العرف على أن النص على جواز التصرف في عقار البائنة يقترن عادة بشرط الاستبدال ؛ ومعنى ذلك أن يكون التصرف معقودا باستبدال مال جديد بالعقار المتصرف فيه . ويجرى القضاء على التضييق في تفسير شرط قابلية العقار للتصرف ؛ فاذا كان الشرط خاصا بالعقار لا يجوز التوسع فيه وبسطه على المنقول ؛ وإذا كان خاصا بعقار بذاته لم يتناول العقارات الأخرى ؛ وإذا كان خاصا بالبيع فهو لا يتناول الرهن ، وكذلك لا يسرى الشرط على ما يكون للزوجة من ديون تتمسك بها عند فصل الأموال أو انتهاء النظام ولو كانت هذه الديون ناشئة بسبب العقار الذي تقرر الشرط في شأنه .

على أنه يلاحظ أنه متى كان التصرف مباحا بالشرط وهو ما يقع غالبا عند النص على الاستبدال ، ينبغي أن يكون البديل هو المال المعين في العقد ، فاذا نص على استبدال عقار بعقار وجب أن يشتري بمال البديل عقار جديد . والقاعدة في وضعها هذا جامدة . ولهذا ادخل عليها المشرع تعديلات تدريجية كفلت لها مايعوزها من المرونة . فنذ عهد طويل أجزى أن يتم الاستبدال من طريق شراء أسهم بنك فرنسا . ثم خطا تشريع سنة ١٩٤٢ خطوة أخرى فنص على أنه إذا اتضح أن من غير الميسور تنفيذ شرط الاستبدال تنفيذاً

حرفياً ففي هذه الحالة يجوز الإلتجاء إلى القاضى ليرخص بشراء مال آخر غير المال الذى خصه الشرط بالذكر ، ويعتبر الفقه هذا النص مجرد تطبيق لفكرة الظروف الطارئة .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن مسئولية الزوجين عن تحقيق شرط الاستبدال ومسئولية الغير جسيمة فى هذا الشأن ، فالغير الذى يتعامل مع الزوجين ينبغى أن يقوم بتحقيق شرط الاستبدال وبالتثبت من صحة التصرف المحقق له . فإذا بيع العقار وجب على المشتري أن يثبت من أن الاستبدال سيتم وفقاً للاوضاع المقررة فى القانون ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . ويقع هذا الواجب أيضاً على الموثقين وسماسرة الأوراق المالية . إلا أن القانون لم يعين أجلاً لإجراء الاستبدال فقد يشتري البديل قبل التصرف فى العقار وقد يشتري بعد ذلك ، والجوهرى فى هذا كله أن ينص فى عقد التملك على أن البديل يحل محل عقار البائنة وعلى أن هذا الاحلال يقع تنفيذاً لنص فى مشاركة أموال الزوجية ، فإذا تم الشراء وكان عقار البائنة لم يقع فيه تصرف ، فالمال الجديد لا يحل محله إلا من تاريخ التصرف ، وإذا تم الشراء بعد بيع مال البائنة حل المال المشتري محل هذا المال ، ويتحقق فى هذا الفرض حلول عيني ، بمعنى أن المال الجديد يحل محل العقار الذى تم التصرف فيه ، وتلحق بهذا المال جميع الصفات التى كانت تلحق العقار ويكون هذا المال غير قابل للتصرف رغم أنه من المنقولات مثلاً ورغم أن من حق الزوج أن يتصرف فى منقولات البائنة ، إذ المفروض فى هذه الحالة أن تلك المنقولات حلت محل عقار البائنة وشغلت المركز الذى كان يشغله ، ويجوز كذلك فى الحالة نفسها أن يكون المال الجديد محلاً للاستبدال إن اقتضى الحال ذلك أعمالاً لنص مشاركة الزوجية .

أما إذا تم التصرف فى العقار دون أن يقع الاستبدال ولا يوجد كما قدمنا أجل لتحقيق الشرط إلا الأجل الطبيعى وهو انفصال أموال الزوجية أو انحلال الزوجية ، ففي مثل هذه الحالة يعتبر التصرف باطلاً ويكون للزوج أن يطالب بهذا البطلان إن كانت الزوجية قائمة والأموال غير منفصلة ، ويكون للزوجة أن تطالب به إذا كانت الأموال قد فصلت وكانت الزوجية

قائمة ، ولشترى عقار البائنة أن يبقى البطلان بأداء الفئن مرة أخرى وله أن يرجع بالفئن فى كل حال على الزوج .

والعلة فى الخروج على القواعد العامة فى البطلان فى هذا الشأن هى أن البطلان شرع بوصفه جزءاً لحماية الزوجين من طريق حماية أموال البائنة .

أما الاستثناءات القانونية فهى ترجع إلى فكر ثلاث :

الأولى : فكرة تيسير تجهيز الأولاد .

والثانية : فكرة المحافظة على البائنة .

والثالثة : فكرة مواجهة النفقات الضرورية .

فبالنسبة إلى تأهيل الأولاد وتجهيزهم أبيع على سبيل الاستثناء التصرف فى مال البائنة ، ويقصد بالتأهيل أو التجهيز فى هذا الشأن تقديم بائنة لمن يتزوج من الأولاد أو إنشاء محل تجارة له أو شراء ما يلزمه لمباشرة حرفة أو تخصيص مبلغ للاتفاق منه على دراسته العليا ، وعلى الجملة يقصد بالتأهيل أو التجهيز لإعداد الأولاد للمستقبل سواء بالنسبة للحياة الزوجية أو لعملهم فى حياتهم العادية بوجه عام . ويتم التصرف فى هذه الحالة بالقدر اللازم للتجهيز أو التأهيل .

ويلاحظ أن رضاء الزوج ضرورى بالنسبة إلى تأهيل أو تجهيز أولاد الزوجة من غير فراشة ، وكان الأمر يختلف بالنسبة إلى أولاده . ولكن القانون الجليد سوى بين الأولاد جميعاً وجعل رضاء الزوج ضرورياً . فإذا امتنع الزوج بالنسبة إلى أولاده هو ، كان للزوجة أن تلجأ إلى القاضى لتحصل منه على ترخيص بالتصرف متى ثبت أن احجام الزوج لم يكن له مبرر يقتضيه .

على أنه لوحظ أنه عند ما يكون التأهيل من طريق تقديم بائنة للبت ، فى هذه الحالة يحفظ للزوج بحق الانتفاع فيها متى كانت البت من غير فراش آخر .

وبالنسبة إلى فكرة المحافظة على مال البائنة فهى فكرة تقوم على أن المصلحة قد تقتضى أحياناً التصرف فى مال البائنة للمحافظة عليه ؛ فقد تطرأ ظروف اقتصادية تجعل استغلال الما مربحاً ، وفى هذه الحالة يكون

فى الإبقاء على هذا المال انتقاص من قيمته الاقتصادية ولذلك يكون استبداله من طريق الاستعاضة عنه بمال آخر أرجح وأمن فى المحافظة على البائنة ، ولهذا اجيز الاستبدال فى هذه الحالة ولو لم يوجد نص فى المشاركة ، وكل ما هنالك أن الاستبدال لا يتم الا بإذن من القضاء .

وكذلك الشأن فيما يتعلق بتأجير العقار مدة تتجاوز تسع سنوات اذا كان فى التأجير ما يعود على الزوجية بالنفع ، ويجرى الحكم نفسه أيضاً فى حالة نزاع الملكية للمنفعة العامة .

فى الصور المتقدمة جميعها يستأذن القضاء ويشترط أن يصلر طلب التصرف من الزوجة وأن يوافق الزوج عليه ، فإذا لم يوافق الزوج كان للقاضى أن يرخص بالبيع متى تبين أن الزوج كان غير محق فى احكامه .

ويلاحظ أنه لا يكون للزوج أن يطلب الى القاضى دون رضا الزوجة ، واذا أبت الزوجة فليس للقاضى أن يرخص بالبيع رغم احكامها .

وأخيراً يرخص بالتصرف فى البائنة اذا جدت حاجة ملحة تدعو الى الإنفاق ، ويتحقق ذلك فى فروض معينة أحصاها افتداء حرية أحد الزوجين بالمال كما هو الشأن بالنسبة الى الأسرى . والتطبيق العملى لهذا النص ينسحب على الغرامات وما فى حكمها فى الوقت الحاضر . وكذلك يتحقق معنى الإنفاق الملح بالنسبة الى الالتزام بالنفقة المقرر بحكم القانون . وبالنسبة الى احتياج الزوجين لتدبير معاشهما كما اذا حلت بهما ضائقة مالية استتبع وجوب شرائهما لمزرعة أو متجر أو محل للتكسب منه .

ويتحقق المعنى نفسه أيضاً بالنسبة الى نفقات الصيانة الجسيمة فيباح بيع العقار أو جزء منه للاتفاق على صيانة العقارات الأخرى . وقد اتجه القضاء فى فرنسا الى الترخيص برهن العقار فى هذه الحالة ضماناً للقرض اذا استبان القاضى أن فى القرض ما يحقق اجراء الصيانة دون تصرف فى العقار .

وأخيراً يعتبر من قبيل النفقة الملحة وفاء ديون الزوجة السابقة على الزوجية متى كانت ذات تاريخ ثابت .

٢ - المنقولات : اذا كانت البائنة من المنقولات كان وضعها دقيقاً بالنسبة الى عدم جواز التصرف فيها ، ولذلك لم يرد نص في القانون الفرنسى يقرر عدم جواز التصرف في منقولات البائنة ؛ بل أنه يستخلص من الأحكام المتقدمة أن للزوج أن يتصرف في منقولات البائنة . بيد أن القضاء الفرنسى استقر على مبدأ عدم جواز التصرف في منقولات البائنة ، وقد ثبت القضاء على رأيه رغم معارضة شديدة بدت من الفقه ، وكان سند القضاء هو التقاليد المقررة في القانون الفرنسى القديم كما أنه فسر النصوص تفسيراً تحمل معه على أن المشرع إنما أثر العقار بالذكر لأهميته دون أن يخرج المنقول من نطاق الخطر من التصرف .

هذا وقد أشار تشريع سنة ١٩٤٢ من طرف خفي الى اتجاه نية المشرع الى تأييد القضاء في مذهبه . إلا أن مبدأ عدم جواز التصرف في منقولات البائنة يقتضى أولاً تعيين نطاق المنع من التصرف ، ويقتضى بعد ذلك تعيين المقصود بالمنع .

فالمنع من التصرف بالنسبة الى المنقول لا يشمل إلا ترتيب الحقوق العينية أو نقل هذه الحقوق من طريق التعاقد أو التصرف القانونى بوجه عام ، ولذلك تعتبر منقولات البائنة مما يرد عليه التقادم المكسب والمقسط دون تفريق بعكس الحال بالنسبة الى المقارات . والعلة في قصور معنى المنع من التصرف عن تناول التقادم هي طبيعة المنقول . هذه ناحية .

أما الناحية الثانية فتتناول المقصود بالمنع من التصرف . فمن المعلوم أن للزوج أن يتصرف كتقاعدة عامة في منقولات الباطنة ، فما هو المقصود بالمنع إذن ؟ المقصود هو منع الزوجة من التصرف في هذه الأموال .

ويترب على فكرة عدم جواز التصرف في البائنة المنقولة بالمعنى الذى تقدم ذكره :

أولاً : أن الزوجة لا تستطيع أن تتنازل عن الديون التى ترتب لها في شأن هذه البائنة ولا من حقها في الرهن العام الضامن لهذه الديون .

ثانياً : أن دائني الزوجة لا يستطيعون حجز البائنة المنقولة ، فهؤلاء الدائنون الذين نشأت ديونهم إبان الزوجة لا يملكون اقتضاء ديونهم من البائنة .

ومن الواضح أن البائنة المنقولة ينبغي أن تظل كذلك ، بمعنى أن هذه البائنة تكون قابلة للتصرف من ناحية الزوج ، ولكن إذا اشترى عقار بدين البائنة مثلاً عندما تكون البائنة ديناً مرتباً في ذمة الغير ، ففي هذه الحالة يترتب أثر ثالث مؤداه أن العقار الذي يشتري بمال البائنة يعتبر من الأموال غير الداخلية في البائنة . ولكن لما كان هذا العقار يمثل قيمة يدخل قدرها أصلاً في البائنة لذلك أنشأ القضاء فكرة جديدة تسمى بنظرية البائنة المنطوية . ومؤدى هذه الفكرة في حدود التطبيق المتقدم ذكره أن العقار الذي يشتري بمال البائنة الذي كان منقولاً في الأصل يتضمن قيمة غير قابلة للتصرف وغير قابلة للحجز رغم أن هذا العقار بذاته لا يدخل في أموال البائنة .

فالمقصود إذن هو أن يتقرر انطواء العقار على قيمة تتوافر فيها مشخصات البائنة المنقولة من حيث عدم الحجز وعدم جواز التصرف بالمعنى المفهوم بالنسبة الى المنقول .

أحكام تسرى على البائنة عقاراً كانت أو منقولاً :

بقى فيما يتعلق بأموال البائنة عقارية كانت أم منقولة أن نتناول مسألتين .

الأولى : أثر انفصال الأموال في مركز أموال البائنة .

والثانية : رد أموال البائنة إلى الزوجة .

أثر انفصال الأموال في مركز أموال البائنة :

فما يتعلق بالمسألة الأولى يلاحظ أن للزوجة أن تطلب أثناء قيام الزوجية فصل الأموال ، ومعنى هذا فصل أموال الزوجة عن أموال الزوج . وهذا الطلب حق للزوجة تتقدم به متى كان النظام الذي تزوجت في ظلّه مغايراً لنظام فصل الأموال . وسنعرض فيما بعد للظروف التي تبرر فصل الأموال والاجراءات التي تتبع في هذا الشأن .

الا أنه متى تم الفصل فقل هذا الفصل لا يؤثر في مركز الأموال ، وإنما ينحصر أثر الفصل بوجه عام في نوع حق الإدارة والانتفاع عن يد الزوج وتركيز الحقين في يد الزوجة ، بيد أن هذا التركيز لا يفضي إلى إزالة المنع من التصرف ولا يفضي كذلك إلى إزالة حصانة عدم جواز الحجز .

فبالنسبة إلى المنع من التصرف يظل مال البائنة ، رغم انفراق الزوجة بالانتفاع به وإدارته ، غير قابل للتصرف ؛ وإذا كانت البائنة من المقولات امتنع على الزوجة أيضاً أن تتصرف فيها رغم استقلالها بالإدارة والانتفاع ، بل أن عدم جواز التصرف يلحق بشار وريع أموال البائنة فيما عدا القدر اللازم للاتفاق على شئون الزوجية . إذ الأصل أن الذي يملك حق التصرف فيما فاض عن هذا القدر هو الزوج ، فإن عاد إلى الزوجة وجب أن يلحق بأصله .

وفيما يتعلق بعدم جواز الحجز على أموال البائنة ، يلاحظ أنه إذا استثنى فريق الدائنين السابقة ديونهم على الزواج بقى فريقان من الدائنين : أولهما فريق الدائنين الذين نشأت ديونهم في كنف الزوجية وقبل انفصال الأموال ، وهذا الفريق لا يستطيع حجز أموال البائنة ، ذلك أنه لم يعتمد على هذه الأموال بوصفها ضماناً لدينه ، ولا سيما أن ديونه عندما نشأت والمال غير قابل للتصرف وريع المال حق خالص للزوج .

والفريق الثاني هو فريق الدائنين الذين نشأت ديونهم بعد انفصال الأموال وليس هؤلاء أن يحجزوا أموال البائنة أو ريعها تفريعاً على عدم جواز التصرف في هذا الريع أو تلك الأموال ، إلا أن تكون ديونهم متعلقة بشئون الزوجية أو خاصة بإدارة الزوجية .

فالهم إذن أن أموال البائنة عند انفصال الأموال ترد إلى يد الزوجة ، ولكنها تحتفظ بتمييزها الآخرين وهي المنع من التصرف وعدم جواز الحجز ، ومع هذا فقد أبيح للزوجة على سبيل الاستثناء أن تتصرف في مال البائنة :

أولاً : إذا أباحت لها مشاركة أموال الزوجية ذلك بنص صريح بأن واجه النص حالة انفصال الأموال وجعل للزوجة حق التصرف في مال البائنة

في ظل هذه الحالة : وكذلك الشأن فيما إذا كان القانون قد أباح التصرف في مال البائنة بمقتضى نصوص خاصة . وهذا هو حكم الحالات التي تقدم ذكرها من قبل .

رد البائنة

هذا هو مركز أموال البائنة عند فصل أموال الزوجين . بقي أن نتناول رد البائنة . فالبائنة كما ذكرنا من قبل تسلم للزوج ، ولهذا يتعين على الزوج أن يردّها ، وأول أمر يعرض في شأن الرد هو سبب الرد . والبائنة يتعين ردّها متى انحل رباط الزوجية أو متى تقرر فصل الأموال أو متى قضى باعتبار الزوجة ميتة حكماً وتمكين وارثها من الاستيلاء مؤقتاً على مالها ، والرابع حالة زوال أهلية الزوج وإقامة الزوجة لتولى شئونها . ففي هذه الحالات جميعاً ترد البائنة ، بيد أن الرد يتم في صور مختلفة . فالأصل أن يتم الرد بين يدى الزوجة مادامت على قيد الحياة فإن ماتت وجب الرد إلى وارثها . ومع هذا فمن الحالات ما يتم فيه الرد لمن أنشأ البائنة . ويتحقق هذا في فرضين :

فقد يشترط منشيء البائنة أن ترد إليه البائنة فيما إذا ماتت الزوجة ، وهذا هو الفرض الأول . وقد يكون منشيء البائنة أحد الوالدين ، فإن ماتت الزوجة من غير عقب تعين رد البائنة إليه ، وهذا هو الفرض الثاني .

ومتى كان مال البائنة معيناً بالذات وجب رده بعينه ، ويستثنى من ذلك المنقول الذي جرد وقت الزوجية إذ أن قيمته تكون ديناً في ذمة الزوج ، وكذلك يكون ديناً في ذمة الزوج كل ما كان من المثلثات فلا يلزم الزوج إلا برد القيمة ، وتعرض بالنسبة إلى رد الشيء المعين بذاته مسألة النفقات التي انفقها الزوج في سبيل الصيانة ، فإن كانت النفقات جسيمة كان من حق الزوج أن يستأديها ، وإن كانت النفقات من قبيل نفقات التحسين فليس للزوج إلا أن يرجع في حدود دعوى الأثراء وإن كانت من قبيل النفقات العادية تحملها الزوج باعتباره متمتعاً بحق الانتفاع .

ومتى تعين الرد وجب على الزوج أن يرد رقة المال ووجب عليه أيضاً أن يرد منفعة في حدود خاصة ، إذ من المقرر أن على الزوج أن يرد منفعة

الفترة الزمنية التي تكمل آخر سنة من سني الزوجية ، وتكون للزوجة أن تقتضي
ثمن ملابس الحداد وأن تستأدى أجرة المسكن متى كانت قد تركت أموال
البائنة إلى نهاية السنة ، ولها أن تستأدى كذلك نفقة لمدة حول كامل هو مدة
الحداد .

واخيرا يراعى أن القانون أوجب رد المال المعين بذاته على الفور
دون أن يضرب للزوج أجلا للرد ، أما ما يجب في ذمة الزوج من ديون
في مقابل قيمة أموال البائنة فقد ضرب القانون للزوج أجلا لا يجاوز السنة
من تاريخ تحقق السبب الموجب للرد .

هذه هي القواعد الموضوعية في الرد ، الا أن الرد يثير مسألة من مسائل
الاثبات ، فعلى الزوجة لكي تسترد أن تثبت أن الزوج قد قبض البائنة ،
وهذا الاثبات ليس ييسر ، فيراعى أن للزوجة كقاعدة عامة أن تقدم
الدليل على القبض مستفادا من نص خاص في مشاركة أموال الزوجية
أو من ايصال معين ، ولها أن تثبت واقعة القبض بطرق الاثبات كافة ومنها
القرائن والشهود لوجود مانع من موانع الحصول على الكتابة .
الا ان القانون أقام قرينة اخرى تيسر عبء الاثبات فقضى بأنه اذا انقضت
عشر سنوات على قيام الزوجية ولم يثبت الزوج أنه واصل المطالبة بالقبض
ففي هذه الحالة تتوافر قرينة على القبض ، وعلى الزوج اذا أراد نفي
هذه القرينة أن يقيم الدليل على أمرين أولهما أنه لم يقبض والثاني أنه واصل
المطالبة بالقبض .

(ثانيا) مركز الأموال الخالصة :

تنص المادة ١٥٧٤ من القانون الفرنسي على أن جميع أموال الزوجة
التي لا تدخل في البائنة تعتبر أموالا خاصة . وتعين المادة ١٥٧٦ ما للزوجة
من على أموالها الخالصة فتقرر أن للزوجة على تلك الأموال جميع الحقوق
التي تملكها الزوجة بالنسبة الى أموالها عند انفصال الأموال . ومن ههنا
النصين يستخلص تعريف المال الخالص وتعين مدى ما للزوجة من سلطات
بالنسبة اليه .

أما من حيث التعريف ، فالمال الخالص يشمل كل ما خرج عن أموال البائنة وهو هذه المثابة يشتمل على الأموال المحتفظ بها كما اذا كانت الزوجة تبشر حرفة أو صناعة واحتفظت لنفسها بالأموال التي تستخدمها في هذه الحرفة أو الصناعة ، وكذلك الأموال التي تؤول اليها في ظل نظام البائنة من الغير مع اشتراط عدم دخولها في البائنة ، وكذلك العقارات التي تشتري بئار أموال البائنة أو بقيمة منقولات من البائنة .

والامر فيما يتعلق بالنوعين الاولين واضح. الا أنه يدور فيما يتعلق بالنوع الثالث ، فبالنسبة الى هذا النوع الثالث يعتبر العقار مالا خالصا ، بيد أن قيمته تعتبر داخلة في البائنة ، ومعنى هذا أن العقار في ذاته يعامل معاملة المال الخالص أما الثمن الذي يؤدي في مقابله عند التصرف فيعتبر قيمة مالية داخلة في البائنة ولهذا تسرى على تلك القيمة جميع القواعد التي تقدم ذكرها بالنسبة الى أموال البائنة ، وأخص هذه القواعد عدم قابلية المال للتصرف وعدم جواز حجزه .

أما سلطة الزوجة بالنسبة الى المال الخالص فهي سلطة واسعة، اذ يكون للزوجة أن تدبر هذا المال وان تتصرف فيه وأن تنفع به دون أن ترد عليها القيود المتعلقة بأموال البائنة . ول هذه العلة تحدت سلطة الزوج بالنسبة الى الأموال الخالصة تحديدا يتفق مع ظروف العلاقة بين الزوجين .

١ - فقد تنيب الزوجة زوجها عنها في ادارة المال ، وفي هذه الحالة قد تصدر الزوجة توكيلها للزوج مشروطا بأداء حساب عن وكالته ، فان حدث هذا عومل الزوج معاملة الوكيل بمعنى أنه يلزم بأداء الحساب ، ويسأل مسئولية الوكيل فيما يصلر عنه من أعمال الادارة .

وقد صرحت بذلك المادة ١٥٧٧ اذ قضت بأنه اذا أعطت الزوجة تفويضا لزوجها بادارة أموالها الخالصة على أن يقدم لها حسابا عن الثرات كان حكم الزوج قبلها حكم أى وكيل آخر ، وهذا الحكم هو نتيجة منطقية لاعتبار المال الخالص من حيث الملكية والادارة حقا للزوجة وحدها.

٢ - وقد واجهت المادة ١٥٧٨ فرضاً آخر فنصت ما يأتي :-

” اذا تمتع الزوج بأموال زوجته الخالصة دون وكالة ولكن دون معارضة منها ، فلا يلزم عند انحلال الزواج أو عند توجيه أول طلب منها الا بأداء الثمرات القائمة ، ولا يسأل عن الثمرات التي تم استهلاكها الى هذا الوقت “ . وفي هذا الفرض الثاني يقيم القانون قرينة على أن الزوجة هي التي سلطت زوجها على مالها الخاص ولم ترد أن تسأله حساباً عن ادارته ، ولهذا لا يحق لها أن تطلب اليه تقديم هذا الحساب أو أن تسأله عن الثمرات . ويعتبر الزوج في هذه الحالة في حكم المتنع ويسأل ، مسئولية صاحب حق الانتفاع . وقد قضت بذلك المادة ١٥٨٠ اذ قررت أن للزوج الذي ينتفع من أموال الزوجة الخالصة أن يحصل على المنفعة ، ولكنه يلزم على نحو التزام المتنع بجميع الالتزامات التي يتحملها هذا الأخير .

ولكن حق انتفاع الزوج في هذه الحالة ينقضي بانحلال رباط الزوجية كما أنه ينقضي متى طلبت اليه الزوجة ذلك ، والامر الجوهري وفي الحالة المتقدم ذكرها هو مباشرة الزوج لادارة المال الخاص والانتفاع به دون معارضة من الزوجة ودون اصدار توكيل له .

فقيام المنصرين ، عنصر تسلط الزوج على الادارة والانتفاع وعنصر احجام الزوجة عن المعارضة ، هو الذي يقيم القانون على أساسه قرينة ترخيص الزوجة لزوجها بالانتفاع . فالانتفاع في هذه الحالة يقوم على أساس التعاقد الضمني أو الرضاء الضمني . والقرينة في هذه الحالة لا تقبل اثبات العكس الا اذا أقيم الدليل على صدور توكيل من الزوجة للزوج .

٣ - واجهت المادة ١٥٧٩ الفرض الثالث وهو الخاص بتمتع الزوج بأموال زوجته الخالصة رغم اعتراض الزوجة على ذلك ، فنصت هذه المادة على أنه اذا انتفع الزوج بأموال الزوجة الخالصة رغم تسجيلها لمعارضتها كان الزوج مسئولاً قبلها عن جميع الثمرات ، تستوى في ذلك ما يكون قائماً منها وما يكون قد تم استهلاكه .

هذا هو نظام أموال البائنة ، ويعالج أكثر شراح القانون الفرنسي هذا النظام مع نظامين آخرين هما نظام أموال الزوجية النافي للاشتراك ونظام فصل أموال الزوجية. ويصفون الانظمة الثلاث بأنها نظم ترمى الى فصل الأموال ، اذ الواقع أن نظام أموال البائنة هو نظام فصل للأموال فيما يتعلق بأموال الزوجة الخالصة ، أما فيما يتعلق بأموال البائنة فهي أموال لا يملك الزوج حق التصرف فيها فيما عدا ما استثنى ، وتكاد سلطات الزوج بالنسبة الى هذه الأموال تعادل سلطاته في ظل نظم أموال الزوجية المتفصلة .

وعلى هذا النحو لا يبقى لاستكمال النظم التي تنتم بمقتضى الفصل الا دراسة نظام الاموال النافي للاشتراك ، ودراسة نظام الانفصال بين الأموال .

المطلب الثاني

في نظام الأموال النافي للاشتراك

عالج القانون الفرنسي النظام النافي للاشتراك في القسم التاسع ونص في المادة ١٥٢٩ على أنه عندما يصرح الزوجان أنهما لا يخضعان لنظام البائنة وأنهما يتزوجان بغير اشتراك أو أنهما يتزوجان مع انفصال الأموال ، يسرى على آثار مثل هذا الاشتراط ما يأتي من الاحكام . ثم نصت المادة ١٥٢٠ على أهم حكم من الاحكام المشار اليها من قبل فقضت ما يأتي " لا يكون من شأن الشرط الخاص باتمام الزواج بغير اشتراك في الاموال اعطاء الزوجة حق ادارة أموالها أو حق قبض ثمرات هذه الأموال ، بل تعتبر هذه الثمار حصة مقبلة للزوج للاتفاق على شئون الزوجية . وعقبت على ذلك المادة ١٥٢١ بتفصيل حق الزوج فيما يتعلق بالادارة والثروات فنصت على أن الزوج يبقى في يده ادارة الأموال المنقولة والعقارية التي تملكها الزوجة ويكون له حق قبض الأموال المنقولة التي تؤول الى الزوجة بوصفها بائنة أو تؤول اليها خلال الزواج ، وذلك مع مراعاة وجوب الرد عند انحلال رباط الزوجية أو بعد انتقال الأموال بمقتضى حكم يصدر من القضاء . ويبين من هذين النصين أنه إذا اتفق الزوجان في مشاركة أموال الزوجية على عدم الاشتراك في الأموال ، ونصا على أن نظامهما هو نظام ناف للاشتراك ، ففي هذه الحالة

يكون للزوج حق ادارة أموال الزوجة وحق الانتفاع بهذه الأموال على أساس أن منفعة الأموال المتقدم ذكرها تعتبر بمثابة حصّة للزوجة في الاتفاق على شئون الزوجية . ولهذا يكون للزوج حق الانتفاع بأموال الزوجة ويلتزم وفقا لأحكام المادة ١٥٣٣ بما يلتزم به صاحب حق الانتفاع . على أن الزوجين أن يقررا في مشاركة أموال الزوجة الحد من حق الزوج في الانتفاع بأموال الزوجة كلها ، وهذا هو الامر الذي تقررته المادة ١٥٣٤ إذ تنص على أن شرط اختيار نظام الأموال النافى للاشتراك لا يحول دون أن تقبض الزوجة سنويا جزءا من ربح أموالها تنفقه على نفسها وعلى شئونها الخاصة .

ومن هذا يبين أن أهم ما يميز نظام أموال الزوجية النافى للاشتراك هو تمتع الزوج بحق انتفاع بالنسبة إلى أموال الزوجة ولا يحد من هذا الحق الابنص في مشاركة أموال الزوجية .

هذا من حيث الانتفاع وادارة مال الزوجة ، أما من حيث ملكية رقية هذه الأموال ، فهذه الملكية تكون ثابتة للزوجة وحدها ولا يشترك الزوج مع الزوجة في ملكية تلك الأموال بوجه من الوجوه، وإن ملك حق الانتفاع بها ، ويترتب على ذلك أن الزوجة هي التي تنفرد بحق التصرف فيما تملكه من أموال ويكون لدائى الزوجة السابقين على الزوجية حق التنفيذ على هذه الأموال رقية ومنفعة ، ويكون للدائنين اللاحقين حق التنفيذ عليها في حدود الرقبة وحدها .

وخلاصة ما تقدم أن نظام الأموال النافى للاشتراك يقوم على فكرتين : الأولى : استقلال الزوجة بملكية أموالها ، والثانية : تمتع الزوج بحق ادارة أموال الزوجة والانتفاع بها إلا إذا خصت الزوجة نفسها بنصيب معلوم في الانتفاع بأموالها في مشاركة أموال الزوجية .

المطلب الثالث

في نظام انفصال الأموال

إذا نص الزوجان في مشاركة أموال الزوجية على أن تكون أموالهما منفصلة أدى ذلك إلى نفس النتائج التي تترتب عند التجاء الزوجين المشتركين

في نظام اشتراط الأموال بمقتضى حكم قضائي ، والانفصال في الحالتين يؤدي إلى نتائج متحدة اللهم الا مستثنيات قليلة تتصل بحق الزوج في الاعتراض على اشتغال الزوجة بحرفة معينة وبعض تفصيلات أخرى لا محل للخوض فيها .

ونظام انفصال الأموال بين الزوجين يقوم على مبدآن أساسيين :

أولهما : مبدأ استقلال كل من الزوجين بملكية ماله . وثانيهما : مبدأ وجوب اشتراك الزوجة في الانفاق من ريع أموالها على شئون الزوجية .

والجمع بين المبدآن يؤدي إلى الكشف عن تلازم نظام الأموال مع مانقتضى رابطة الزوجية من تبعات مالية .

أولا : استقلال كل من الزوجين بتملك أمواله : يستقل كل من الزوجين بتملك أمواله في نظام انفصال الأموال ، وقد نصت المادة ١٥٣٦ وفقا لصيغتها المعدلة في سنة ١٩٤٢ على ما يأتي "إذا نصت مشاركة أموال الزوجية على أن الزوجين يختاران نظام انفصال الأموال يكون للزوجة حق ادارة أموالها الخاصة وحق الانتفاع بها وحق التصرف فيها". وهذا النص أكد المشرع حق الزوجة في الملكية الكاملة لأموالها الخاصة وفي ادارة هذه الأموال ، ولم يكن هذا النص الا ثمرة تطور طويل . فعند وضع التقنين المدني الفرنسي كانت أهلية المرأة محدودة فلم تكن تملك القيام بعمل من أعمال التصرف الا بموافقة الزوج . ولهذا كان النص المتعلق بحرية الزوجة في تملك الأموال وادارتها نصا نظريا ، إذ كانت تقيد القواعد الأخرى المتعلقة بالحد من أهلية الزوجة ، وعلى هذا النحو لم تكن الزوجة تملك قديما الا أعمال الادارة بوجه عام كالتأجير لمدة قصيرة وقبض الأجرة وشراء المبشورات للزراعة والانفاق على الزراعة وكل مايتصل باستثمار المال دون أن يؤثر في كيان هذا المال . ولهذا كانت الزوجة ممنوعة من التصرف الا باذن الزوج ، ثم عدل التشريع الفرنسي تعديلا أكمل للمرأة أهليتها ، وكان من شأن هذا التعديل أن أصبحت الزوجة تتمتع بحرية التصرف في العقار والمقنول على حد سواء ، وأصبحت كذلك تتمتع بحرية كاملة في ادارة أموالها وفي الانتفاع من هذه الأموال في ظل نظام انفصال الأموال .

ويلاحظ أن نظام الأموال الاتفاقي لا يجوز تغييره ، ولهذا لا يكون نظام انفصال الأموال المستمد من مشاركة أموال الزوجية قابلاً للتغيير على نقیض نظام فصل الأموال الذي يتقرر بحكم قضائي بسبب فساد ادارة الزوج مثلاً ، فهذا النوع الأخير يجوز تغييره والعودة إلى النظام الذي كان مطبقاً قبل صدور حكم القضاء إذا كان في الظروف ما يحتمل على ذلك .

ويلاحظ من ناحية أخرى أن حرية الزوجة في التصرف في مالها تعتبر مطلقة في الوقت الحاضر ، ولكن هذه الحرية لا تمنع من اتفاق الزوجين ، على أن تلزم الزوجة بأداء نصيب من نفقات الزوجية ، وفي حدود هذا النصيب قد تنقيد حرية الزوجة عملاً في ادارة أموالها وفي الاستئثار بمنفعة تلك الأموال ولكن هذا التنقيد العملي لا يتقرر بحكم من أحكام القانون ، إذ تعتبر الزوجة في هذه الحالة مجرد مدينة بالنصيب الذي التزمت بأدائه ، ويكون الزوج هو الدائن لها في حدود هذا النصيب ، فإن تخلفت عن الأداء كان حكمها حكم أى مدین يقصر عن الوفاء بدينه وليس على وجه التحقيق أى حق عيني على أموال المدین .

فخلاصة المبدأ الأول اذن أن الزوجة تملك حق التصرف في أموالها الخاصة ، يستوى في ذلك العقار والمنقول ، كما أنها تملك حق الادارة والانتفاع ، وفي حدود حق الادارة والانتفاع يختلف نظام الأموال النافي للاشتراك عن نظام فصل الأموال الكامل .

ثانياً : الا أن استقلال كل من الزوجين بملكية ماله وبحق ادارته والانتفاع به لا يؤدي عملاً ولا قانوناً إلى ذلك الاستقلال النظري الكامل الذي قد يتبادر إلى الذهن ، ذلك أن الحياة الزوجية تقتضي الزوجة نصيباً من المساهمة في الاتفاق ، ولهذا نصت المادة ١٥٣٧ في صيغتها المعدلة في سنة ١٩٤٢ على الزام كل من الزوجين بالمساهمة في اعباء الزوجية وفقاً لما ينص عليه اتفاقهما ، فان لم ينص الاتفاق على شيء ، فوفقاً للنسب المنصوص عليها في المادة ٢١٤ . وقد نصت هذه المادة على ما يأتي " إذا لم تعرض مشاركة أموال الزوجية لنصيب الزوجين في اعباء الزوجية وجب أن يساهما في هذه الأعباء وفقاً لقدرة كل منهما أو سعته ، ويقع الالتزام بهذه الأعباء

في الأصل على عاتق الزوج ، فن واجبه أن يوفر كل ما يلزم لمعيشة الزوجة وفقاً لمقدرته وسعته ، وتؤدي الزوجة التزامها في أعباء الزوجية بما تقدم من حصة في أموال الباتنة أو في الاموال المشتركة أو بالانقطاع من مواردها الخاصة التي تتولى هي ادارتها .

ويتضح من هذين النصين أن الزوجة تلزم بالاتفاق على الحياة الزوجية وفقاً لأحكام مشاركة أموال الزوجية أو وفقاً لأحكام القانون ، فإذا وجد نص في المشاركة يحدد نصيب الزوجة في الاتفاق على شئون الزوجية وجب اتباع هذا النص. وفي هذه الناحية يختلف فصل الأموال القضائية عن انفصال الأموال الاتفاقى المقرر بمقتضى المشاركة ، فهذا الأخير يقبل التراضي على تعيين نصيب معلوم تساهم به الزوجة في أعباء الحياة الزوجية دون نظر إلى مواردها أو سعتها .

والغالب أن تقيد مشاركة أموال الزوجية في نفقات الزوجية ولا سيما في الاسر الموسرة ولكن قد يقع أن تغفل مشاركة أموال الزوجية تعيين نصيب الزوجة في الاتفاق على شئون الزوجية ، وفي هذه الحالة يلجأ الى نص القانون ، وكان القانون قديماً يقضى بالزام الزوجة بالمساهمة في حدود ثلث النفقات ولكن القانون الفرنسي ألغى هذه النسبة في تعديله الأخير ووضع قاعدة عامة مؤداها أن عبء الاتفاق يقع على الزوج بصورة أصلية ولكن في حدود سمعته ويساره ، ثم جعل على كل من الزوجين عبء المساهمة في تلك الاعباء في حدود سعة كل منهما كذلك .

هذان هما المبدأان اللذان يتحكمان في نظام فصل الأموال ، ويستتبع تطبيق هذين المبدأين اثاراً مسألتين :

أولاهما : مسألة قيام الزوج بالادارة ، والثانية : حقوق دائني الزوج في أموال الزوجة .

ففيما يتعلق بالمسألة الاولى ، يلاحظ أن حق الزوج في ادارة أموال الزوجية تخضع لعين القواعد التي تطبق في صدد ادارة الزوج للأموال الخالصة في ظل نظام الباتنة .

أما فيما يتعلق بالمسألة الثانية ، فالأصل أنه لا يجوز لدائى الزوج أن يقتضوا ديونهم من أموال الزوجة ، لا من الرقبة ولا المنفعة ، لأن هذه الأموال من حق الزوجة رقية ومنفعة . ولكن أثر الامر بالنسبة الى الديون المترتبة بسبب الاتفاق على الشئون الزوجية ، وفي هذه الحالة يتجه الرأى الى أنه لا يجوز للدائن أن يحجز مباشرة أموال الزوجة الا اذا استعمل الدعوى غير المباشرة باعتبار أنه يباشر حق الزوج الذى يعتبر دائنا للزوجة بنصيبها فى نفقات أموال الزوجة ، كما أن للدائنين أن يرجعوا بصورة تبعية على أموال الزوجة فى هذه الحدود اذا كانت هى التى عقدت الدين .

وتقوم الزوجة غالبا بوفاء نصيبها من النفقات للزوج مع الحصول على ائصال مثبت لذلك ، ومتى انقضت الزوجية اما بالموت أو بالخلع رابطة الزوجية أبى كل من الزوجين على ماله ، ولكن المسألة تتعد بالنسبة الى المتقولات بوجه خاص ، فى كثير من الحالات تختلط متقولات الزوجين ببعضهما ولذلك يلجأ الى القرائن فى تعيين ما يكون مملوكا للزوجة وما يكون مملوكا للزوج ، والقرينة التى يلجأ اليها عادة هى قرينة الاستعمال ثم قرينة الحيازة .

وفى صدد قرينة الحيازة يلاحظ أن المتقولات المنزلية تعتبر مملوكة لمن يكون عقد الاجار قد عقد باسمه من الزوجين .

هذه هى النظم الانفصالية الثلاثة ، بقى أن نواجه نظم الاشتراك .

المطلب الرابع

فى نظام اشتراك الأموال

يعتبر نظام الاشتراك فى أموال الزوجية هو النظام ذو الولاية العامة ، بمعنى أنه يطبق كلما تم الزواج دون مشاركة ، وبدىهى أنه يطبق عند الاتفاق فى المشاركة على اتباعه . ويتضح من الاحصاءات أن نظام الاشتراك فى الأموال هو الذى يتبع فى فرنسا فى زهاء ٧٥ ٪ من حالات الزوجية وهو لذلك يظفر بعناية خاصة من الفقه والقضاء .

وقوام هذا النظام أن ثمة قدرا من الأموال يخضع لمشاركة الزوجين ،
والغريب في هذه المشاركة أنها منذ نشأت في العصور القديمة قد احتفظت
بمميزاتها حتى اليوم ، فيما عدا تعديلات قليلة ترجع بوجه خاص الى ما أدخل
من تعديل في مركز المرأة المتزوجة في فرنسا .

فقدما اعترف للزوج بحق ملكية لأموال الزوجية بأسرها ، فكان الزوج
يعتبر مالكاً لمال البائنة فحسب بل ولجميع أموال الزوجية سواء منها ما كان
مملوكاً ملكية خاصة للزوجة وقت الزواج ومألت ملكيته فيما بعد إلى كل
من الزوجين ، دون تفريق في ذلك بين مال ومال . ولم يكن الزوج في ظل
هذا النظام مسئولاً إلا عن رد مال البائنة .

هذه هي المقدمة الأولى التي نشأ في ظلها نظام الاشتراك في الأموال ،
وقد تمثل هذا النظام في قاعدتين :

الأولى نشأت في اعطاف العرف ومؤداها أن الزوجة كانت عند وفاة
الزوج تملك نصيباً فيها يسمى بمقتضيات الزوجية أو أرباح الزوجية
أو الأموال الطارئة ، فكل ما كان يكتسبه الزوجان من مال خلال الزوجية
كان يعتبر ناشئاً عن نشاط الزوجين راجعاً إلى تدبيرهما للمال واقتصادهما
في انفاقه . ولما كانت الزوجة شريكة في الحياة الزوجية ، فقد جرى العرف
باختصاصها بنصيب من الأموال الطارئة عند وفاة الزوج .

والثانية جرى بها العرف وكانت تتصل بالمنقولات ، إذ جعلت المنقولات
منذ زمن بعيد ملكاً مشتركاً بين الزوجين ، ويرجع هذا العرف إلى اتفاق
ضمني كان يقع بين من يتعاشرون ويعيشون تحت سقف واحد دون زواج ،
إذ كان من المفهوم بينهم أن العشرة إذا استمرت أكثر من عام ، ولو تجاوزت
العام يوماً واحداً ، أدى ذلك إلى تملك الرجل للمنقولات التي كانت ملكاً للمرأة
من قبل ، وعلى هذا النحو وجدت قاعدتان ، الأولى تجعل الاشتراك يتناول
الأموال الطارئة ، والثانية تجعل الاشتراك يتناول المنقول .

وعلى هذا النحو تحدد نطاق الأموال التي تتناولها الملكية المشتركة ودخل
في هذا النطاق ما يسمى بالمال الطارئ كما دخل فيه كل مال منقول . والمال

الطارئ: على ما تقدم ذكره هو كل مال تم كسب الملك فيه بعد انعقاد الزواج بسبب يختلف عن الأثر أو التبرع ، وبعبارة أخرى هو كل مال يتم كسبه بعد ذلك التاريخ بعقد من عقود المعاوضة .

أما المنقول فلا يقتصر أمره على ما أتى به الزوجة من أموال منقولة وقت الزواج بل يتناول جميع المنقولات سواء منها ما كان مملوكا وقت الزواج وما نتج ملكيته بعد ذلك .

هذا هو نطاق الاشتراك في الأموال ، وفي ظل هذا الاشتراك يتمتع الزوج بحقوق أوسع من حقوقه المقررة بمقتضى نظام الانفصال .

فراعى أولاً أن الزوج كان يملك في ظل نظام الاشتراك حق التصرف المطلق في الأموال المشتركة ولو بطريق الهبة ولم يكن للزوجة أن تعترض عليه في ذلك .

وراعى من ناحية ثانية أن الزوج هو الذى يملك في ظل نظام الاشتراك حق الانتفاع بالأموال الخاصة للزوجة اذ يقول الفقه أن الأموال المشتركة هى التى تؤول إليها منفعة الأموال الخاصة .

وراعى من ناحية ثالثة أن الأموال المشتركة وإن كانت تملك الزوجة حق الرقبة فيها ألا أن الزوجة كانت محدودة عن التصرف من جراء نقص أهليتها فى القانون القديم فكان من الواجب أن تحصل على إذن من زوجها بالتصرف .

وبدئى أن تقرير هذه الحقوق للزوج كان يقتضى من ناحية أخرى تقرير ضمانات للزوجة ؛ ولهذا جعل القانون للزوجة أولاً حق طلب فصل الأموال فيما لو آتست فى زوجها انحرافاً عن سنن الاستقامة فى الإدارة ، ففى وضع فساد إدارة الزوج كان للزوجة أن توضع حداً للمشاركة من طريق طلب فصل الأموال .

وجعل القانون للزوجة كذلك أن تشتترط عندما يؤول إليها المال المشترك قصر مسئوليتها من الديون على مقدار المال الذى آل إليها بحيث لا تسأل عن الديون متى جاوز قدره المال المشترك .

وأخيراً جعل القانون للزوجة حق رهن عام على أموال الزوج الخاصة ،
ولهذا يلجأ الزوج عند التصرف في أمواله الخاصة الى الحصول على موافقة
الزوجة إن أراد رهن شيء من أمواله .

هذه هي المعالم البارزة في نظام الاشتراك في الأموال . وقد بقي هذا النظام
إلى الآن في حملته دون تغيير اللهم ألا ما طرأ عليه بسبب الواقع وما طرأ عليه
بسبب التعديلات اللذين أدخلتا على التشريع الفرنسي .

في نطاق الواقع ازدادت أهمية الثروة المنقولة وبدأت الأوراق المالية
تعمل محل العقارات ولما كان الزوج يملك حق التصرف في المنقول وكان كل
منقول يدخل في نطاق الاشتراك فقد نشأ عن ذلك أن اتسع نطاق الأموال
المشتركة واتسع نطاق سلطان الزوج عليها .

ولكن يلاحظ أن هذا الاتساع تحد منه قواعد استحدثت خلال تطور
طويل . وأهم هذه القواعد أن الزوج منع من التبرع بالعقار ومنع من التبرع
بالمنفقولات في حملها أو محصة من جملة الأموال المنقولة . هذا الى أن التعديل
الذي أدخل على التشريع الفرنسي في سنة ١٩٣٨ أو الذي جعل للمرأة أهلية
كاملة عبر تعبيراً عاماً عن تمتع الزوجة بحق التصرف في الأموال المشتركة .
وأخيراً يلاحظ أن تشريع سنة ١٩٤٢ جعل من حق الزوجة التي تبشر حرفة
أو صناعة مستقلة أن تحتفظ بملكيتها في حدود هذه الصناعة أو تلك الحرفة
وأن تستقل بإدارة هذه الملكية والانتفاع بها .

طبيعة نظام الاشتراك

هذا هو نظام الاشتراك في الأموال ، وهو في ظاهره نظام يسير ، ولكنه
من حيث التعريف أو التطبيق نظام كثر التعقيد ، والمسألة الجوهرية في هذا النظام
هي الحكم على طبيعة الاشتراك في الأموال فهل يعتبر هذا الاشتراك من قبيل
الشيوع في الملكية أم من قبيل ملكية الشركات أم من قبيل التشخيص المعنوي
للذمة المنفصلة ، أم من قبيل ملكية اليد المشتركة .

الجواب أن الاشتراك في أموال الزوجية لا يختلط بأى نظام من النظم
التي تقدم ذكرها وإنما هو نظام خاص يفرد به التشريع الفرنسي والتشريعات
التي نسجت على منواله . وهذه حقيقة جديدة بالتأمل في مصر ، إذ أن مصر

لاتعرف هذا النوع من الاشتراك في الملكية ولذلك لايجوز للقضاء المصرى أن يقر قيام هذا النوع من الاشتراك على الأموال التي يملكها الأزواج الفرنسيون في مصر .

وتفصيل ما تقدم أن الملكية الشائعة تقوم على فكرتين جوهريتين : الأولى تملك كل شريك في الشيوع حصته ملكية فردية أو حاضرة ، ولذلك يملك المشتاع أن يبيع حصته وأن يتصرف فيها بمفرده ، والثانية أن كل شريك في الشيوع يملك في كل جزئية من جزئيات المال الشائع نصيبا يعادل حصته .

وهاتان القاعدتان لانظير لهما في مال الزوجية المشترك فهذا المال يعتبر مملوكا للزوجين معا بحيث لا يستطيع أيهما أن يقرر أنه يملك حصة فيه ، فالملكية لهما مشتركين لامنفردين يختص كل منهما بحصة من الحصص .

ثم أنه يلاحظ أن ادارة المال الشائع تقتضى في الأصل إجماع الشركاء المشتاعين أو على الأقل وفقاً لاحكام التقنين الجديد تراضى أغلبية الشركاء ، أما مال الزوجية المشترك فيستقل الزوج بإدارته والانتفاع به دون تدخل من الزوجة . ثم أن الأصل في الشيوع أنه وضع مؤقت ، فلكل شريك أن يطلب الخروج من الشيوع من طريق القسمة ، إلا إذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك ، ومثل هذا الاتفاق لايجوز أن يقيد المشتاع أكثر من سنوات خمس ، أما الاشتراك في أموال الزوجية فهو وضع دائم يبقى قائماً ما بقيت الزوجية قائمة ، فلا يجوز الاتفاق على توقيعه ولا يجوز الخروج منه بالتراضى إعمالاً لقاعدة عدم جواز تعديل مشارطات الزوجية .

هذا ويختلف الاشتراك في الأموال عن ملكية الشركات لأموالها ، ففي الشركة يبغي الشركاء من نشاط الشركة تحقيق ربح ، أما في نظام الاشتراك في أموال الزوجية فليس المقصود هو تحقيق الربح وإنما المقصود بذلك هو الاتفاق على شؤون الزوجية وتربية الأولاد والقيام على مستقبلهم ، وهذا غرض يختلف كل الاختلاف عن أغراض الشركة . ثم إن دائن الشركة لا يستطيع أن يقتضى دينه من أموال الزوج الخاصة .

ولهذا رأى البعض أن يقرب ما بين الاشتراك في مال الزوجية وبين ملكية الجمعيات أو ملكية الأشخاص المعنوية بوجه عام ، وإذا كان في القانون الفرنسى ما يوحى بإمكان هذا التقريب إلا أن الفقه والقضاء مستقران بقدر استقرار التقاليد القديمة على نفي فكرة الشخصية المعنوية ، وسند هذا النفي أن التشخيص المعنوى يؤدى الى وجود ذمة منفصلة للزوج وذمة منفصلة للزوجة وذمة منفصلة تتكون من المال المشترك . وفصل الذم هذا يترتب عليه استقلال الكيان المادى لكل من الزوجين مع أن المقصود بتنظيم أموال الزوجية هو إخضاع الزوجين لكيان مالى واحد بعد أن أصبحا بحكم الزوجية يخضعان لكيان روحى واحد .

ولهذا حرصت محكمة النقض الفرنسية على تأكيد وحدة الغرض من رباط الزوجية ولم ترفى سبيل هذا التأكيد أن تفرق بين مال مشترك ومال غير مشترك ، فأموال كل من الزوجين تخصص بحكم تملك أحدهما أو الآخر لها لأغراض الزوجية كذلك ، ولا يمكن أن تجرد من هذا التخصيص وإن لم يكن تخصيصها معادلا من حيث الظهور لتخصيص المال المشترك ، فالرأى في القضاء الفرنسى أن المال المشترك لا يتمتع بشخصية معنوية ولذلك يسوغ لدان الزوج أن ينفذ على المال المشترك كما يسوغ له أن ينفذ على مال الزوج الخاص ، وهذه هى المسألة الجوهرية التى يقف عندها الفقه الفرنسى .

ويلاحظ أخيراً أن المال المشترك يختلف عن ملكية اليد المشتركة التى ظهرت في ألمانيا ، فهذه الملكية تقوم على فكرة تخصيص الذمة وتجعل المال المشترك خاضعا في التصرف ليد الشركاء جميعا وليس هذا هو شأن مال الزوجية المشتركة ، إذ أن للزوج أن ينفرد بالتصرف فيه على الوجه الذى تقدم بيانه .

ولهذا يعتبر نظام الاشتراك في الأموال نظاما من نوع خاص يستقل عن النظم التى تقدم ذكرها : وإن كان يتطوى في بعض وجوهه على معان يمكن أن تصادف بصورة أو أخرى في تلك النظم .

وستناول فيما يلى مسألتين أساسيتين ، الأولى : نطاق الأموال المشتركة والأموال الخاصة بكل من الزوجين ، والثانية : سلطات الزوج على الأموال المشتركة .

(أولا) نطاق الأموال المشتركة والأموال الخاصة :

تناول القانون الفرنسى نظام الاشتراك فى الأموال فى المواد ١٣٩٩ وما بعدها وقد قررت المادة ١٣٩٩ أن نظام الاشتراك ، سواء منه القانونى والاتفاقى ، يبدأ من يوم عقد الزواج أمام مأمور الحالة المدنية ولا يجوز الاتفاق على تحديد موعد آخر لبدء سريانه . ويتضح من هذا النص أن القانون الفرنسى يفرق بين الاشتراك القانونى والاشتراك الاتفاقى ؛ فالأول هو الذى يخضع لأحكام القانون ولو سككت العاقدان عن تنظيمه ، أما الثانى فهو الذى يتفق فيه الزوجان صراحة على اتباع نظام الاشتراك ويضعان فيه من التفاصيل ما يقع عليه التراضى فيما بينهما . وفى ظل النظام الاتفاقى يكون للزوجين أن يضيفا أو يوسعا من نطاق الأموال المشتركة وفقا لما يتفقان عليه فى مشاركة الأموال الزوجية ، فإن سكنا اتباع النظام المقرر فى القانون . وسنقتصر على دراسة النظام المقرر فى القانون ، ومن المفهوم أن ذلك لاينفى أن ثمة مشارطات توسع أو تضيق من حدوده .

وقد تضمن القانون الفرنسى قاعدة عامة فى شأن النظام القانونى فقضى فى المادة ١٤٠٠ بأن نظام الاشتراك الذى يقرر بمجرد التصريح بأن الزوجين يتزوجان فى ظل نظام الاشتراك أو الذى يترتب عند عدم وجود مشاركة أموال الزوجية ، يخضع للقواعد الواردة فى الفصول الستة التالية . ويتناول الفصل الأول بيان ما تتكون منه الأموال المشتركة من الناحية السلبية والناحية الإيجابية أى بيان ما يكون مملوكا من أموال مشتركة وما يعتبر ديونا مشتركة يجب الوفاء بها من تلك الأموال . ولذلك ينبغى أن نتناول دراسة الأموال الداخلة فى الاشتراك ثم الأموال الخاصة بكل من الزوجين وأخيرا الديون المشتركة .

(ثانيا) الأموال الداخلة فى الاشتراك :

توجد قرينة يقرها القانون الفرنسى مؤداها أى الأصل فى أموال الزوجين فى ظل نظام الاشتراك هو دخول المال فى هذا الاشتراك إلا أن ثبت العكس ، وهذه القرينة مقررة فى المادة ١٤٠٢ التى تقضى بأن كل عقار يعتبر مالا طارئا ويدخل فى الأموال المشتركة ما لم يثبت أن أحد الزوجين كان مالكا له أو حائزا له فى تاريخ سابق على الزواج أو أنه آلى إلى أحدهما بالميراث أو الهبة بعد ذلك .

فالأصل كما هو واضح من القاعدة التي طبقها النص في شأن العقارات أن يعتبر المال مشتركاً ما لم يثبت العكس ، ويدخل في الأموال المشتركة ما يأتي :

(أ) المنقولات سواء منها ما كان موجوداً وقت الزواج أوجدت ملكيته بعد ذلك .

(ب) العقارات التي تؤول إلى أحد الزوجين بعقد من عقود المعاوضة أثناء الزواج .

(ج) ارادات وثمار الأموال الخاصة بكل من الزوجين والخاصة بذاته بالأموال المشتركة .

(د) دخل الزوجين من عملهما .

١ - المنقولات : نصت المادة ١٤٠١/١ على أن « الأموال المشتركة تتكون أولاً جميع المنقولات التي يملكها الزوجان وقت انعقاد الزواج وكذلك المنقولات التي تؤول إليها خلال الزواج ولو بطريق الميراث أو الهبة ما لم يشترط الواهب غير ذلك » . ويتضح من هذا النص أن جميع المنقولات التي يملكها الزوجان قبل الزواج أو تؤول إليها بعد ذلك تعتبر جزءاً من الأموال المشتركة . وقد أشير من قبل إلى أنه يستثنى من ذلك المنقولات الموهوبة بشرط عدم ادخالها في الأموال المشتركة ، فإذا كان الواهب يملك التبرع فهو يملك من باب أولى أن يتبرع بشرط عدم ادخال المال الموهوب في نطاق الاشتراك ، ويعتبر الشرط صحيحاً في هذه الحالة ، ويكون المنقول الموهوب على هذا الوجه خارجاً عن نطاق الاشتراك . وقد تساءل الفقهاء على علة تسمح القانون الفرنسي في ادخال المنقولات جميعاً في نطاق الأموال المشتركة ، وبدأ الشك يساور الفقه والقضاء بالنسبة إلى التفسير التقليدي لهذه القاعدة . فقديمًا قيل أن هذا التفسير ينحصر في تفاعلة قيمة المنقول ، ولكن الواقع أن التطور الحديث جعل للثروة المنقولة شأنًا يفوق شأن الثروة العقارية ، ولهذا اتجه الرأي في فرنسا إلى التضييق من مفهوم اصطلاح المنقول وبذلت محاولات شتى لقصر مفهوم الاصطلاح على المنقولات المادية ؛ ولكن محكمة النقض الفرنسية وقفت في سبيل هذه المحاولات واستقرت على أن المقصود بالمنقول هو كل منقول مادي وكل حق

معنوى آخر لا يكون من قبيل ملكية العقار أو الحقوق العينية العقارية .
وبذلك يدخل فى اصطلاح المنقول حقوق الدائنية أو الديون المترتبة لأحد
الزوجين على الغير ، وتدخل الأوراق المالية من أسهم وسندات ، بل ويرى
البعض ادخال الحقوق المسماة بالملكية الأدبية كحقوق المؤلفين ومن بهم .

إلا أن الاتجاهات الفقهية أسفرت عن تعديل طفيف أفضى بوجه خاص
الى ترجيح رأى القائل بعدم ادخال الملكية المعنوية كحق المؤلف فى نطاق
الأموال المشتركة والاقتصار فى شأنها على ادخال ريعها فى نطاق الاشتراك .
ولعل مما يوجه هذا رأى أن حقوق الملكية المعنوية تم بطابع شخصى يحمل
من العسر فصلها عن شخص المالك .

٢ - العقارات : يدخل فى الأموال المشتركة كل عقار يكتسب بسبب
غير الإرث أو التبرع أثناء قيام الزوجية ، والحكمة فى ذلك أن ما يكتسب
من الأموال أثناء قيام الزوجية يعقد من عقود المعاوضة يفترض فيه أنه قد اكتسب
بفضل تعاون الزوجين ولذلك يدخل مثل هذا المال فى نطاق الأموال المشتركة
تمشياً مع هذا الأصل . وبديهي أن ما يصدق على العقار يصدق من باب أولى
على المنقولات فكل منقول يكتسب بسبب من أسباب المعاوضة يدخل كذلك
فى نطاق الأموال المشتركة وبديهي أن القاعدة بالنسبة للمنقول تطرد وتسرى
كما تقدم حتى فى شأن المنقولات التى تكتسب بسبب من أسباب التبرع ما لم
يكن المتبرع قد اشترط صراحة أن يظل المنقول ملكاً خالصاً لمن تم التبرع
لصالحه .

٣ - ثمار الأموال المشتركة وثمار أموال الزوجة الخالصة : ويدخل
كذلك فى نطاق الأموال المشتركة ثمار وريع الأموال المشتركة وكذلك ثمار وريع
أموال الزوجة الخالصة ، والحكمة فى ذلك أن الزوج يصير صاحب حق انتفاع
بالنسبة الى الأموال الخالصة ، وهو صاحب حق فى الملك المشترك بالنسبة
الى الأموال المشتركة ، ولهذا رأى أن يكون ريع الأموال جميعاً وثمارها من قبيل
الملك المشترك أثناء قيام الزوجية .

٤ - دخل الزوجين من عملهما : ودخل الزوجين من عملهما أيا كان نوع هذا العمل يعتبر داخلا في الأموال المشتركة اذ المقروض - ولا سيما في العصر الحديث - أن دخل كل من الزوجين من عمله يحبس على أغراض الحياة الزوجية ، ولذلك يدخل دخل الزوج من عمله في نطاق الأموال المشتركة أيا كان قدره وأيا كان مصدره ، وكذلك الشأن فيما يتعلق بدخل الزوجة من عملها إلا أن يكون هذا الدخل ناشئا عن حرفة أو صناعة معينة استقلت الزوجة بمباشرتها على الوجه الذي تقدم بيانه من قبل .

(ب) الأموال الخالصة :

توجد هذه الأموال إلى جانب الأموال الداخلة في نطاق الاشتراك ، وهذه الأموال قد تكون حقا خالصة للزوجة وقد تكون حقا خالصة للزوج كما أنها قد تكون من العقارات وقد تكون من المنقولات .

وعلى هذا النحو نصادف في الحياة الزوجية مجموعات ثلاث من الأموال :

الأولى : الأموال الداخلة في ذمة الزوجة وحدها ، والثانية : الأموال المشتركة ، والثالثة : الأموال الداخلة في ذمة الزوج وحده .

وستتناول فيما يلي بيان ما يعتبر خالصة من الأموال لكل من الزوجين بادئين بالعقار .

العقارات الخاصة

فالعقارات التي تعتبر مالا خالصة لأحد الزوجين هي جميع العقارات التي كانت مملوكة لأحد الزوجين قبل الزواج والعقارات التي تؤول اليه بسبب الارث أو التبرع والعقارات التي يكتسب فيها حق الملك بسبب الالتصاق ، أى اضافة الملحقات الى الملك . كل عقار كان يملكه أحد الزوجين قبل الزواج يظل ملكا خالصة له فلا يدخل في الأموال المشتركة ؛ ويقصد بذلك كل مال من الأموال تحقق سبب الملك فيه قبل الزواج . وعلى هذا الأساس يدخل في الملك الخالص كل عقار وهب لأحد الزوجين قبل الزواج أو آل اليه بطريق الميراث أو بعقد من عقود المعاوضة قبل الزواج ، وكذلك الشأن في كل عقار

يُمنح فيه الملك على أساس تقادم بدأ قبل الزواج ولو أن مدة التقادم لم تكمل إلا بعد الزواج ، وكذلك كل عقار يكون حق الملك فيه قد ثبت بناء على شرط واقف تحقق بعد الزواج وإن كان قد شرط من قبل ، وكذلك كل عقار كان محلاً لتصرف سبق الزواج وبطل بعد قيامه .

وقد قررت هذه القاعدة المادة ١٤٠٤ في فقرتها الأولى اذ نصت على أن "العقارات التي يملكها كل من الزوجين وقت الزواج أو التي تؤول إليه فيما بعد بسبب الميراث لا تدخل في نطاق الأموال المشتركة" . والنص بوصفه هذا يستثني الأموال التي يكون حق الملك ثابتاً فيها وقت الزواج من نطاق الأموال المشتركة ، ومن طريق التوسع ادخل فيه كل مال كان سبب الملك فيه سابقاً على الزواج . إلا أن فروضاً عرضت واثارت قسماً غير قليل من الخلاف وهذه الفروض تتصل بالأموال التي يكون لأحد الزوجين فيها نصيب شائع . فلو فرض أن أحد الزوجين كان يملك نصيباً على الشيوع في عقار أو كان يملك على الشيوع نصيباً في تركة تشتمل على عقارات ومنقولات ، فما هو مصير هذه الأموال عند تملك الزوج لانتصبة الشركاء الآخرين أو عند انتهاء القسمة إلى اختصاصه بمال معين ؟ يفرق في هذا الشأن بين التركات وغيرها ، فإذا كان سبب الشيوع هو الميراث ثم آل إلى الزوج المشتاع مال في القسمة اعتبر هذا المال مملوكاً له من وقت الارث ودخل أو خرج تبعاً لذلك نطاق الأموال المشتركة . فلو فرض مثلاً أن سبب الارث طرأ بعد الزواج أو كان متحققاً قبله ثم تمت القسمة فكان نصيب الزوجة عقارات فحسب ، ففي هذه الحالة لا تدخل العقارات في نطاق الأموال المشتركة ولو أن من المفهوم أن ما حصلت عليه الزوجة من عقار كان يعادل نصيبها الشائع في عقارات ومنقولات ، وكذلك الشأن فيما لو خرجت الزوجة من القسمة بقلد مفرز من المنقولات ، فهذه المنقولات تدخل في الأموال المشتركة ولو أن من المفهوم أنها آلت إلى الزوجة باعتبار أنها مقابل النصيب الشائع في العقار والمنقولات .

وتطبيق القاعدة على هذا النحو يعتبر تعبيراً عملياً عن قاعدة الأثر فيما بين الزوجين ، ويطبقه تطبيقاً دقيقاً ويعنيان بهذا التطبيق أن ما يؤول إلى المتقادم من مال يعتبر مملوكاً له وقت القسمة ويعتبر مملوكاً له من قبل وكان لم يسبق عليه ملك لأحد سواه .

والصورة الثانية هي الصورة التي تملك فيها الزوجة نصيباً من مال شائع ، وفي هذه الحالة يفرق بين فرضين ، فأما أن تتقدم الزوجة وتشترى نصيب شركائها الآخرين ، وأما أن يباع المال بأسره فبرسو مزاده على الزوجة ، وفي كلتا الحالتين تعتبر الزوجة مالكة للمال بأسره ويعتبر هذا المال استثناء من القاعدة العامة ملكاً خالصاً لها على أن تلزم بأن تؤدي للمال المشترك تعويضاً عما أخذته منه تملك القدر الزائد عن نصيبها .

وفي فرض ثان يتقدم فيه الزوج لشراء المال المشتاع بأسره ، أثير خلاف فيما إذا كان هذا المال يعتبر مالا مشتركاً أو مالا خالصاً . فلو طبقت القواعد العامة لوجب أن يعتبر مثل هذا المال مالا مشتركاً إذ أنه اشترى بعوض أثناء قيام الزوجية ، ولو طبقت القواعد المتعلقة بوجوب رعاية الأموال العائلية والاحتفاظ بها للأسرة القديمة لوجب أن يعتبر المال خارجاً من نطاق الاشتراك داخلاً في ملك الزوجة الخالص . إلا أن القانون أقر للزوجة حقاً عند انتهاء الاشتراك في أن تختار بين اثنتين ، فأما أن تملك المال هي وتؤدي تعويضاً لكلية الأموال المشتركة ، وإما أن تترك المال لكلية الأموال المشتركة وتقضي منه - أي من هذه الكلية - تعويضاً عن نصيبها في الملك الشائع .

وعلى أساس هذا الخيار قيل أن الراجح هو أن يعتبر مثل هذا المال غير داخل في الاشتراك . وللمسألة أهميتها من الناحية العملية فالحل المتبع وإن فتح أمام الزوجة هذين الخيارين إلا أنه يجعل مثل هذا المال غير داخل في الاشتراك في حقيقة الأمر .

ويأتى بعد ذلك من المقارنات ما يؤول إلى أحد الزوجين بسبب الميراث أو التبرع أثناء قيام الزوجية ، فالأول لا يدخل في الأموال المشتركة ابقاء على ما يسمى بتراث الأسرة أو التراث العائلي ، والثاني لا يدخل في الأموال المشتركة تشمياً مع قصد الواهب إذ أن الواهب أن يهب فإذا أراد أن يجعل المال مشتركاً بين الزوجين لصرف الحبة إليهما معاً لا إلى أحدهما ، والواقع أنه لو تمت الحبة لمصلحة الزوجين معاً لترتب على ذلك دخول المال الموهوب في الملك المشترك . أما حيث يفرد الواهب أحد الزوجين بهبته فهو بهذا يقصد من هبة العقار أن يكون ملكاً خالصاً لمن آثره بقدر الحبة . ولهذا العلة عنى القانون

الفرنسي في نصوصه بالتنويه بأن ما يخرج من الأموال المشتركة هو هبة العقار لواحد من الزوجين وبهذا دل على أن الهبة التي تم للزوجين معا تدخل في المال المشترك .

هذا ويخرج الفقهاء من المال المشترك كل عقار يتم التنازل عنه من أحد الأصول لفرع إذا كان التنازل قد تم وفاء لدين على التنازل للمتنازل له أو للغير . ويقصد بذلك اخراج صورة معينة من صور المعاوضات لعلها خاصة تتصل بالإبقاء على التراث العائلي ، ولو أنها تنطوي عن خروج على القواعد العامة ، لأن التنازل عن عقار من العقارات في مقابل دين لا يعدو أن يكون صورة من صور المعاوضات ؛ فكان من الواجب أن يعتبر تملك العقار على هذا الوجه تملكاً مكسباً للملكية بعوض وكان من الواجب أن يفرض هذا التملك إلى دخول هذا العقار في الملك المشترك . ولكن هذه الصورة بذاتها استثيت تبريراً للاستثناء أن قواعد الميراث كانت تفضي إلى انتقال العقار إلى المتنازل إليه مع الدين ، فكان التنازل في هذه الحالة هو تحقيق معجل لسبب من أسباب الإرث . والظاهر أن هذا الحل يستند إلى التقاليد أكثر من استناده إلى الحجج المنطقية .

وعلى هذا النحو يلاحظ أن فكرة الإبقاء على تراث الأسرة هي الفكرة التي تسيطر على اخراج العقارات المتقدم ذكرها من نطاق الاشتراك .

الا أنه يوجد إلى جانب ذلك فكرتان أخريان تبرران اخراج العقار من نطاق الاشتراك : أحدهما فكرة الحلول العيني والثانية فكرة الالتصاق أو إضافة الملاحظات إلى الملك .

في الحلول العيني يعتبر كل استعمال أو استثمار مال خالص مفضيا إلى حلول العقار الذي اشترى بالمال الخالص أو استثمار المال الخالص محل هذا المال . ويقع الاستعمال حيث يكون المال الخالص مبلغا من النقود يشترى به العقار فلو اشترت الزوجة من مال خالص من النقود عقاراً ، أضحي هذا العقار مالا خالصاً ، إذ يحل محل النقود التي كانت تعتبر من الأموال الخالصة .

ويحقق الاستثمار فيها لو بيع المال الخالص متقولا كان أو عقاراً وقامت الزوجة بشراء عقار بالتمن الذي حصلت عليه من جراء البيع ، ففي هذه الحالة يحل العقار محل المال الخالص المبيع ويصبح العقار بدوره مالا خالصاً .

ففي هاتين الصورتين يتحقق الحلول العيني . وقد أشرنا من قبل إلى الاجراءات التي تتبع في شأن ضمان هذا الحلول عند الكلام عن مال البائنة ، ولهذا يعتبر تنظيم الروابط المالية بين الزوجين أخصب نطاق لتطبيق فكره الحلول العيني .

وأخيراً نخرج من نطاق الأموال المشتركة كل عقار يثبت لأحد الزوجين فيه حق من جراء التصاقه بعقار كان يملكه هذا الزوج ملكاً خالصاً ، كما لو كانت الزوجة تملك أرضاً ملكية خالصة ففيها شخص آخر بأدوات من عنده ، ففي هذه الحالة يصبح البناء مملوكاً للزوجة ولكن تلزم الزوجة بأن تؤدي للمالك الأدوات تعويضاً يتفاوت قدره بتفاوت حسن النية وسؤاها . ومجرد التصاق عقار بعقار الزوجة أو منقول بعقارها يجعل المال الذي التصق مملوكاً لها ، ويكون حكمه حكم أصله فإن كان الأصل مالاً خالصاً كان ما التصق به من الأموال الخالصة كذلك . إلا أن تملك الزوجة للمال الذي يلتصق بملكها الخالص لا يمنع من الزام الزوجة بأن تؤدي لكتلة الأموال المشتركة تعويضاً معادلاً لما حصلت عليه في سبيل تملك ما أضيف إلى مالها الخاص .

المنقولات الخاصة

هذه هي العقارات التي لا تدخل في المال المشترك وتعتبر ملكاً خالصاً لكل من الزوجين ، إلا أن الملك الخالص قد يتناول المنقول ، فمن المنقولات ما يعتبر ملكاً خالصاً بسبب طابعه الشخصي ، مثال ذلك ما يكون مخصصاً للاستعمال الشخصي البحث لكل من الزوجين ، وكذلك ما يكون متصلاً بذكرياتهما العائلية كالرسائل والتذكارات القديمة وصلات والوالدين أو الأصدقاء أو ذوى القربى بوجه عام .

ويخرج من المال المشترك كذلك كل منقول يوهب أثناء قيام الزوجية ويشترط الواهب فيه أن يبقى بمعزل عن الأموال المشتركة . ونخرج كذلك كل تعويض يحصل عليه أحد الزوجين بسبب حادث وقع له ، يستوي في هذا أن يكون الضرر مادياً أو معنوياً .

ويخرج من نطاق الاشتراك أيضا المنقولات التي تتمثل في قيمة تأمين يؤدي لأحد الزوجين بعد موت الآخر . وأخيراً يخرج من نطاق الاشتراك كل منقول حل حلاً عينياً محل مال من الأموال الخالصة ، وكل منقول لا يلحق به وصف الثمرات كالكنز الذي يوجد في عقار والمعادن التي تستخلص من المناجم والأخشاب التي تجث من الغابات ، وكذلك الأسهم الإضافية التي تؤول إلى صاحب الأسهم الأصلية من طريق إضافة الاحتياطات إلى رأس المال لشركة من الشركات، وجوائز التصيب التي تؤول إلى السهام والسندات . فهذه الأموال جميعاً تعتبر من المنقولات ولو كانت منتزعة من عقار ولا تدخل في نطاق المال المشترك ، لأنها لا تعتبر من قبيل الثمار التي تدخل في الأموال المشتركة ، باعتبار أن كتلة هذه الأموال تملك حق الرقبة وحق الانتفاع بالنسبة إلى كل ما يدخل فيها ، كما تملك حق الانتفاع بالنسبة إلى الأموال الخالصة للزوجة ..

(ج) الجانب السلبي في الأموال المشتركة (الديون)

يوجد نوع من أنواع التقابل بين الجانب الإيجابي والجانب السلبي في الأموال المشتركة ، ويتضح هذا التقابل من عرض أنواع الديون المشتركة.

فأول نوع من هذه الأنواع هو ديون المنقولة السابقة على الزواج ، هذه الديون تتحملها الأموال المشتركة وتدخل في الجانب السلبي لهذه الأموال ، ذلك أن المنقولات وهي الجانب الإيجابي تعتبر مالا مشتركاً ، ويلاحظ في شأن الديون السابقة على الزوجية أن أهميتها العملية لا تعرض إلا بالنسبة إلى ديون الزوجة ، أما ديون الزوج فلا تثير إشكالا ، لأن ديون الزوج سواء أكانت سابقة على الزواج أم لاحقة له تدخل في الجانب السلبي للأموال المشتركة . ولما كان للديون السابقة على الزوجية تلك الأهمية البالغة بالنسبة إلى الزوجة ، فقد اشترط القانون لإدخال هذه الديون في الاشتراك أن يكون تاريخها ثابتاً أو تكون محورة بعقد رسمي قبل الزواج ، ولا يستثنى من ذلك إلا الديون التي يجوز اثباتها بغير كتابة والديون التي يسلم الزوج بأنها نشأت قبل الزوجية . فالأولى تدخل في الجانب السلبي للمال المشترك إذا أقام الدائن الدليل على أسبقية الدين

على الزواج من طريق تحقيق يثبت فيه صحة الإدعاء بطرق الاثبات المقررة
لإقامة الدليل على وجود الدين ، والثانية تدخل في الجانب السلبي على أساس
أن الزوج أقر بواقعة اسبقيتها على الزواج .

والطائفة الثانية هي ديون الزوج سواء أكانت متعلقة أم غير متعلقة بالمال
المشترك ؛ فكل دائن للزوج يعتبر دائنا للمال المشترك ويكون ضمانه شاملا لأموال
الزوج الخاصة وأموال الزوجية المشتركة ، وكل دائن للمال المشترك يعتبر دائنا
للزوج باعتبار أن هناك اتحادا بين ذمة الزوج وبين الأموال المشتركة .

ويلاحظ أن الديون التي ترتب على الزوج بسبب عقوده أو أفعاله
الضارة أو بسبب أثراته تدخل جميعا في نطاق الديون المشتركة . ولا يعتبر ديننا
مرتبا في ذمة الزوج وحده وخارجا بذلك عن نطاق الديون المشتركة
إلا الغرامات التي يحكم بها على الزوج والتعهدات التي تصدر منه بتقديم بائة ،
إذا كانت هذه التعهدات قد اشترط تنفيذها من مال الزوج الخاص .

والطائفة الثالثة هي طائفة الديون التي تعقدها الزوجة في حدود خاصة ،
وأول هذه الحدود هو النيابة أو الاشتراك مع الزوج أو مصادقة الزوج . فديون
الزوجة التي تعقدها بوصفها نائبة عن الزوج تعتبر من قبيل الديون المشتركة ،
والنيابة هنا نوعان ، فإما أن تكون النيابة صريحة بمقتضى توكيل خاص ،
وهذا النوع لا يشر إشكالا لأن الدين يعتبر معقودا باسم الأصيل وهو الزوج ؛
وأما أن تكون النيابة ضمنية تستخلص على سبيل الاقتضاء ، وهذه هي النيابة
المنزلية أو العائلية ، وهذه النيابة تكون قاصرة على الشئون المنزلية ؛ فالزوجة
تعتبر في الأصل نائبة عن زوجها في الشئون المنزلية وكل دين تعقده لتدبير
هذه الشئون يكون ديننا مشتركا ، إلا إذا عزل الزوج زوجته عن هذه النيابة
وأبنا الغير بذلك ، لأن الأصل أن النيابة تكون حجة لمصلحة الغير ما لم يثبت علمه
بتجريد الزوجة منها . ويقصد بالشئون المنزلية تدبير الطعام والمسكن والملبس
والعلاج ونفقات الدراسة وما إلى ذلك . وهذا النوع من الديون سواء
تم على أساس النيابة الصريحة أم النيابة الضمنية يعتبر معقودا لحساب الزوج
من طريق التطبيق للقواعد العامة .

وقد تعقد الزوجة ديونا بالاشتراك مع الزوج ، إما على سبيل التضامن وإما على سبيل الاشتراك ، وفي هذه الحالة يفترض أن الدين مشتركاً إن كان على سبيل التضامن أى داخلاً في الأموال المشتركة. وإن كانت الزوجة تعتبر في الأصل كضئيلة بالنسبة إلى زوجها في هذا النوع بمعنى أنها تملك الرجوع بكل ما أدته على الزوج ، وإن كان الدين مشتركاً فيكون كذلك داخلاً في الديون المشتركة وإن كانت لا تسأل إلا عن نصيبها فيه .

وقد تعقد الزوجة الدين بموافقة زوجها ، وفي هذه الحالة يدخل الدين في الأموال المشتركة .

ومن هذا يتضح أن هناك حدوداً تستطيع فيها الزوجة أن تلزم المال المشترك بوصفها نائبة عن زوجها أو من طريق اشتراكها معه أو حصولها على موافقته . ولكن هناك صوراً أخرى تستطيع فيها الزوجة أن تلزم المال المشترك وهذه الصور كانت ضئيلة في الماضي ولكنها اتسعت بعد تعديل التشريع الفرنسي في سنة ١٩٤٢ . ومن أهم هذه الصور أن الديون التي تعقدها الزوجة التي تباشر حرفة معينة تعتبر داخلة في الديون المشتركة ، وكذلك الديون التي تؤول إليها من تركات منقولة ، فهي تدخل في الأموال المشتركة تبعاً لدخول المنقولات التي كانت تجمعها وإياها وحدة التركة .

وقد يبدو غريباً أن تعتبر الديون الناشئة عن مباشرة الزوجة لتجارة أو حرفة ديونا مشتركة ، ولكن هذا الحكم يرجع إلى أسباب تاريخية واجتماعية في آن واحد ، وقدما كان يشترط لمباشرة الزوجة لحرفة أو تجارة صدور إذن من الزوج ، وقد اعتبر صدور هذا الإذن بمثابة ترخيص لها بالاستدانة على وجه يجعل الدين مشتركاً . وعندما قرر التشريع للمرأة أهلية كاملة لم يشترط الإذن لمباشرة الزوجة لتجارة أو حرفة معينة وإنما اشترط ألا يعارض الزوج في مباشرة زوجته لحرفة أو تجارة معينة ، فإن لم يعارض اعتبر اذناً .

ومن ناحية أخرى يراعى أن اعتبار الديون التي تعقدها الزوجة في هذه الحالة ديونا مشتركة يجعل إثبات الزوجة متيناً باعتبار أن لدائنها حق

الرجوع على أموالها وعلى الأموال المشتركة وعلى أموال الزوج تبعا لذلك ،
وفي هذا كله ما يعين الزوجة على التوفيق في تجارتها أو حرقها . ومن الواضح
أن الأسرة تفيد من نشاط الزوجة في هذا النطاق .

وأخيرا يعتبر من قبيل الديون المشتركة كل دين تعقده الزوجة للانفاق
على الشئون المنزلية ، وقد تقدم بيان المقصود بالشئون المنزلية .

وكل دين تعقده الزوجة في غير تلك الحالات أو بوجه عام في غير
الحالات التي يبيح فيها القانون اعتبار الدين مشتركا يعتبر ديننا خاصا بالزوجة
ينفذ على حق الرقبة في أموالها الخاصة لأن لكتلة الأموال المشتركة حق انتفاع
في هذه الأموال ، ومن قبيل الديون الخاصة مثلا ما تعقده الزوجة من ديون
لصيانة أموالها الخاصة أو لاقتناء مال خاص أو ما يترتب في ذمة الزوجة
من دين بسبب غرامات جنائية غير متصلة باستغلالها أو بانتفاعها بالأموال
المشتركة .

على هذا النحو نكون قد انتهينا من عرض فكرة المال الخالص والمال
المشترك في جانبيهما الإيجابي والسلبي في الأموال ، ولا يبقى بعد هذا إلا أن نتناول
تعيين مال الزوج من سلطات على الأموال في ظل هذا النظام .

(ثانيا) سلطات الزوج في ظل نظام الاشتراك :

تتفاوت سلطة الزوج في ظل نظام الاشتراك تبعا لما إذا كان المال مشتركا
أم محتفظا به للزوجة أم مالا خالصا له :

١ - الأموال المشتركة : يعتبر الزوج رئيسا لكتلة الأموال المشتركة
وهو يملك بحكم هذه الرياسة سلطة تكاد تكون مطلقة ، فهو يقوم أولا بإدارة
هذا المال بأوسع ما ينطوي عليه اصطلاح الإدارة من معنى . فيقوم باستثماره
وتوظيفه واستغلاله : و يقبض الربيع والثمار ، ويعقد جميع عقود الإدارة
ويرفع جميع الدعاوى المتعلقة بالمال المشترك سواء أكانت من الدعاوى
المنقولة أم من الدعاوى العقارية .

وبملك الزوج إلى جانب سلطة الادارة سلطة التصرف في المال المشترك فيستطيع الزوج أن يبيع هذا المال أو أن يرهته أو أن يتصرف فيه بأي وجه آخر من وجوه التصرفات بين الاحياء ، ولا يرد على سلطان الزوج قيد الا بالنسبة إلى المبادىء. بل إن للزوج أن يتصرف في المال المشترك تصرفات مضافة إلى ما بعد الموت ، فله أن يوصي بنصيبه في المال المشترك بوصفه كتلة مشتركة وله أن يوصي بمال خاص من الأموال المشتركة ، فان وقع هذا المال بعد موت الموصى في حصته عند القسمة كانت الوصية نافذة ، وإن وقع على العكس من ذلك في نصيب الزوجة كان للموصى له أن يرجع على ورثة الموصى بقيمة الوصية .

أما بالنسبة للتبرعات فقد كان القانون القديم لا يجيز التبرع بالأموال المشتركة كجملة واحدة وانما رأى اجازة التبرع بمقول معين بذاته على ما تقدم تفصيله من قبل ، ولكن التعديل الأخير في القانون الفرنسي حرم الزوج من حق التبرع الا بموافقة الزوجة ، فاذا صدر التبرع من الزوجين كان صحيحا وإن صدر من الزوج وحده كان باطلا بطلانا نسبيا ، بمعنى أن موافقة الزوجة تصححه . ويفرق عادة في شأن التبرع لتأهيل الأولاد بين ما يصدر عن الزوجين معا ، وفي هذه الحالة يفترض اشتراكهما فيه على سبيل التساوي ، وما يصدر من الزوج بموافقة الزوجة ، وفي هذه الحالة يفترض أنه يخرج من نصيب الزوج في المال المشترك ، الا إذا اتفق على غير ذلك .

ومن كل ما تقدم يتضح أن للزوج سلطات مطلقة بالنسبة للمال المشترك ، ويتضح مدى اطلاق هذه السلطات من موقف الزوج من ادارة هذه الأموال ، فالأموال المشتركة التي يتولى الزوج ادارتها لا يسأل فيها عن حساب عن هذه الادارة ، والزوج بوجه عام لا يقدم حسابا عن اعمال ادارته ولا عن اعمال تصرفه ، وكل ما هنالك أن القضاء استقر بطريق الاجتهاد على ابطال تصرفات الزوج التي تصدر عن قصده في ادخال الغش أو التدليس على الزوجة ، اذ يوجد نص يقضي بأن التصرفات التي تصدر عن نية الغش أثناء قيام دعوى الطلاق لا تسري في حق الزوجة .

وقد وسع القضاء نطاق هذا النص فجعله شاملا للحالات الاخرى . ويقصد بنية الغش في هذه الحالة نية الاضرار بالزوجة ؛ فان لم يثبت قصد الاضرار كان التصرف صحيحا ، ولو وضح أنه قد انصرف الى انفاق المال بدءا .

وفيما عدا هذا الاستثناء واستثناء آخر يتعلق بأموال معينة يسأل الزوج عن وجودها في كتلة الاموال المشتركة ، تظل سلطات الزوج على اطلاقها غير مقيدة بقيد .

٢ — الأموال المحفوظ بها : اعتبر القانون الفرنسي دخل الزوجة من عملها مالا محفوظا لها به ، بمعنى أن الزوجة تملك هذا المال من حيث حق الادارة وتملك التصرف فيه في حدود خاصة . ويعتبر مالا محفوظا به دخل الزوجة من عملها وما تقتصده من هذا الدخل وما تشتره الزوجة بهذا الدخل . والمال المحفوظ به تستقل الزوجة بإدارته ولكنه يكون داخلا في المال المشترك . وللزوجة الى جانب حق ادارة المال المحفوظ به لها حق التصرف في هذا المال ، ولما أن رفع الدعاوى المتعلقة به ، ومركز المال المحفوظ به يعتبر وسطا بين مركز المال المشترك ومركز المال الخاص . فالمال المحفوظ به يدخل في الاموال المشتركة من حيث انفراد الزوجة بإدارته وهو بهذا يختلف عن المال الخاص ، لان هذا الأخير يقوم الزوج بإدارته ولكنه يخرج من نطاق الاموال المشتركة .

٣ — المال الخاص : أما فيما يتعلق بأموال الزوجة الخاصة ، فالزوجة هي التي تملك هذه الاموال ولكن لكتلة الاموال المشتركة حق الانتفاع بهذه الاموال ويتفرع على ذلك أن يكون للزوج حق ادارة الاموال الخاصة للزوجة بيد أن الزوج يلزم بتقديم حساب عن هذه الادارة بعكس الحال بالنسبة الى ادارة الاموال المشتركة .

عل أن للزوج أن ينيب زوجته عنه في ادارة المال الخاص ، ولا سيما أنها هي التي تستقل بملكته . وقد يقع أن يجاوز الزوج حدود سلطاته بالنسبة الى المال الخاص ، فهو لا يملك مثلا حق التصرف في هذا المال ، فان تصرف فيه وجب أن تفرق بين صورتين : فهو إما أن يتصرف فيه

مع انباء المشتري أن المال مملوك للزوجة ملكية خالصة ، وفي هذه الحالة لا يكون الزوج ضامنا في مواجهة المشتري ، اذ يكون قد تصرف بوصفه وكيلًا ، ولا يكون على الزوجة ضمان ، اذ ان الزوجة تنكر هذه الوكالة وتدعى أنه كان من واجب المشتري أن يتثبت من قيامها ، وكل ما يكون للمشتري هو أن يرجع بدعوى الثمن أو بدعوى التعويض على الزوج ويعتبر الدين في هذه الحالة مشتركًا .

وأما أن يبيع الزوج المال مدعيًا أنه مالا له أو أنه من حيلة الأموال المشتركة ، وفي هذه الحالة يكون الزوج ضامنا لاستحقاق المال ، واذا استمر الاشتراك بين الزوج والزوجة كانت الزوجة أيضًا ضامنة للاستحقاق بحكم نصيبها في المال المشترك ، الا أن ينحل الاشتراك أو ترفض الزوجة قبوله عند انتهاء الزوجية ، وفي هذه الحالة يختلف الحكم . بيد أن الاصل هو أن الزوج لا يملك التصرف في مال الزوجة الخالص .

ما يحد من سلطات الزوج

هذه هي سلطات الزوج في ظل نظام الاشتراك في الأموال وهي كما يبدو سلطات واسعة ، إلا أن هذه السعة تعتبر سعة نظرية ، أما في العمل فيخفف أو يحد من اتساع سلطات الزوج أولاً حق الزوجة في الرهن العام على الأموال . فهذا الحق يجعل الزوج دائماً محتاجاً إلى الحصول على رضاء الزوجة قبل التصرف في الأموال المشتركة لكي تتنازل الزوجة عن حقها في الرهن العام أو لكي تحمل محلها في هذا الحق من يشتري المال المشترك ، ويحد كذلك من اتساع سلطات الزوج على الأموال المشتركة النيابة الاتفاقية أو الضمنية التي توجد بين الزوجين ، فالزوجة قد تنوب عن الزوج صراحة في إدارة المال المشترك وفي التصرف فيه كما أن لها أن تنوب عنه بمقتضى النيابة الضمنية فيما يتعلق بالشئون المنزلية ؛ كما أن للقضاء أن ينيب الزوجة عن الزوج كلما كان الزوج في حالة لا يستطيع معها التعبير عن إرادة كما لو كان مقصوداً أو مجوراً أو مسجوناً أو أسيراً أو لغير ذلك من الأسباب المفصلة في القانون .

وأخيراً تستطيع الزوجة أن تطلب فصل الأموال بمقتضى حكم قضائي ، وهذه ضمانة من الضمانات التي تحمي الزوجة من اتساع سلطات الزوج في ظل نظام الاشتراك في الأموال .

الباب الثاني

في التشريع السويسري

وضع القانون المدني السويسري في سنة ١٩١١ ، فهو من هذه الناحية أحدث من القانون المدني الفرنسي ، ولهذا اتسع المجال أمام واضع القانون السويسري للاستفادة من تجربة القانون المقارن في هذا الشأن . فقد كان أمام واضع التشريع السويسري النظام المتبع في فرنسا وكان امامه النظام الذي تقرر في القانون الألماني ، وعلى هذا النحو أتاحت الفرص لواضع القانون السويسري في المفاضلة بين النظم المختلفة كما أتاحت فرصة مقارنة هذه النظم المتبعة في مقاطعات سويسرا المختلفة . ولهذا تناولت المناقشات الخاصة بوضع التشريع السويسري المفاضلة بين المبادئ العامة في نظم الزواج وحظت هذه المناقشات بعرض شامل للمبادئ المختلفة وأوجه الأفضلية وأوجه النقص فيها .

ولهذا اقيم التشريع السويسري على مبادئ واضحة كان من السهل على الفقه أن يستخلصها ، وبعد أن ثبت أن واضع التشريع نفسه قد اشرشد بها وجعلها أساسا لتشريع .

وأول مبدأ من هذه المبادئ هو مبدأ حرية الاتفاقات الخاصة بنظم أموال الزوجية ، والمبدأ الثاني هو جواز تغيير نظام أموال الزوجية أثناء قيام الزوجية ، والمبدأ الثالث هو مبدأ الاحتكام أو الخضوع لنظام قانوني عند عدم الاتفاق على الاخذ بنظام معين . والمبدأ الرابع هو التوسع في فكرة الاموال المحفوظ بها .

(أولا) حرية الاتفاق في نطاق نظم أموال الزوجية :

كان واضع التشريع السويسري بين اطلاق هذه الحرية وبين تقييدها تقييدا ينفيها نفيًا باتا ، ولو أنه سلك السبيل الاول لكان في وسعه أن يكتفى بوضع قاعدة مقتضبة تجعل للزوجين حرية مطلقة في تكييف علاقتهما المالية وفقا لما يتم بينهما التراضي عليه . ولو أنه سلك السبيل الثاني لقتنع بوضع

نظام قانونى لأموال الزوجية وفرض النظام فرضا باتا على الزواج ولا سيما أن مثل هذا المسلك كان مقررا فى بعض الولايات السويسرية ، ولكن واضع التشريع السويسرى سلك بين الاطلاق والتقييد مسلكا وسطا ، فلم يتطرف فيطلق الحرية دون أى تقييد ولم يسرف فيلزم الزوجين بنظام واحد لا قبل لهما بالتحول عنه ، ولهذا اختار أن يقرر حرية الاتفاقات الخاصة بنظام أموال الزوجية ، ولكن مع وضع قيود تكفل حسن استعمال هذه الحرية وصيانة المصالح التى قد تتأثر بها ، فمن المعلوم أن نظام أموال الزوجية يؤثر تأثيرا بليغا فى مصالح الزوجين ويؤثر كذلك فى حقوق الدائنين ، ولهذا قرر واضع التشريع كقاعدة عامة حرية الزوجين فى الاتفاق ولكن فى حدود القيود الآتية :

١ - أن الزوجين قد يغفلان تنظيم علاقتهما المالية اما لعدم وجود مال ليهما وقت الزواج ، واما لتفاهة قيمة هذا المال ، واما لاعراضهما عن التحدث فى العلاقات المالية عند انصرافهما الى انشاء الاتحاد الزوجى فى كنف الزوجية ، وقد رأى القانون أن يضع نظاما يطبق على الزوجين كلما سكنا عن اختيار نظام معين ، وهذا هو الذى يسمى بالنظام القانونى ، وهو نظام يعرف باسم نظام الأموال أو اجتماع الأموال . وفى حدود هذا القيد يلتزم الزوجان باتباع النظام القانونى كلما احجما عن اختيار نظام آخر . ويراعى ان هذا القيد ينطوى على قسط من التيسير ، ذلك أن المشرع لم يتطلب لسريان النظام القانونى اتخاذ أى اجراء معين ، وفى هذه الناحية يتضح مبلغ نزوع القانون السويسرى الى الحرية .

٢ - اذا اختار الزوجان نظاما اتفاقيا وجب لصحة مشاركة انشاء هذا النظام أن تفرغ هذه المشاركة فى الشكل الرسمى ، وأن يوقعها كل من الزوجين ، واشترط الرسمية يعتبر ضمانا من ضمانات حماية المتعاقدين من طريق تنبيههما الى خطورة الاتفاق ، فضلا عن أن اشترط التوقيع على المحرر الرسمى يعتبر ضمانا اضافية . فى حدود هذا القيد يتجلى حرص المشرع على حماية كل من الزوجين .

٣ - لا ترتب مشاركة أموال الزوجية أثرًا بالنسبة إلى الغير شأنها في ذلك شأن كل تعديل أو تغيير في نظام أموال الزوجية - إلا إذا تم قيد المشاركة في سجل خاص وتم الإعلان عنها بعد ذلك - فإن تم القيد ولم يتم الإعلان لم يكن للمشاركة أثر بالنسبة إلى الغير وفي طليعتهم الدائنون ، ذلك أن القانون السويسري حرص كل الحرص على اعتبار القيد في سجل مشاركات أموال الزوجية والإعلان إجراءين جوهرين للاحتجاج بمشاركة أموال الزوجية على الدائنين ، فإن لم يتم إجراء منهما كان للدائنين أن ينكروا حججة المشاركة بالنسبة إليهم . وبديهي أن المشاركة التي لم يتم قيدها أو شهرها تكون نافذة سارية في علاقة العاقلين ومن يخلفهما خلافة عامة من الورثة .

٤ - وضع القانون السويسري أنظمة ثلاثة رئيسية للعلاقات المالية بين الزوجين هي ، نظام اتحاد الأموال ، Union des Biens ونظام الاشتراك في الأموال Communauté des Biens ونظام انفصال الأموال Séparation des Biens ، وجعل للزوجين حرية الاتفاق على اختيار نظام من هذه الأنظمة مع إدخال التعديلات التفصيلية التي يقررها القانون. وحرّم الزوجين فيما وراء ذلك من إنشاء أى نظام آخر لأموال الزوجية . والحكمة في ذلك أن نظام أموال الزوجية لا يقتصر أثره على الزوجين فحسب ، وإنما هو يؤثر أولاً وقبل كل شيء في حقوق الغير وليس من المعقول أن يترك للزوجين أمر تنظيم الروابط المالية بينهما على أية صورة تروق لهما وتكيد الغير مشقة الالمام بتفاصيل هذه الصورة وما يتصل بها من لوازم أخرى تستلزم من طريق التفسير أو التأويل ، بل الأقرب إلى المعقول أن تباح حرية الاتفاق على نظام أموال الزوجية وفقاً لنماذج معينة يستطيع الغير أن يلم بمضمونها ومفهومها بمجرد الاطلاع عليها .

هذا هو المذهب الذي اعتنقه القانون السويسري فيما يتعلق بالمفاضلة بين الاتجاه إلى الحرية المطلقة والاتجاه إلى التقييد الكامل . وقد تأثر القانون السويسري في ذلك بالبيئة التجارية التي يعيش فيها أكثر سكان سويسرا كما تأثر بميل هذه البيئة إلى البساطة والتيسير .

(ثانيا) مبدأ جواز تغيير نظام أموال الزوجية باتفاق الزوجين في أى وقت شاء الزوجان :

هذا المبدأ يتعارض تعارضا واضحا مع المبدأ المقرر في القانون الفرنسي ،
ففي فرنسا لا يجوز تغيير نظام أموال الزوجية كقاعدة عامة بمقتضى
اتفاق يعقد بين الزوجين ، أما في ألمانيا فالقاعدة جواز التغيير ، وقد كان
أمام القانون السويسرى أن يتبع المبدأ المقرر في فرنسا أو المبدأ المقرر في ألمانيا .
وينهض المبدأ الفرنسى على أساس حماية الزوجين وحماية مصالح الدائنين ؛ فلو أتيح
التغيير عند الفرنسيين بمقتضى اتفاق لاحق لما استطاعت الزوجة أن تأمن
على نفسها من التأثير ولما استطاع الزوج أن يأمن على نفسه من التأثير
فيما لو كانت الزوجة مسيطرة عليه ، فقوم المنع في فرنسا هو غلبة مظنة استغلال
أحد الزوجين للآخر لحمله على التغيير أثناء قيام الحياة الزوجية ، هذا من ناحية ،
ومن ناحية أخرى تقرر القاعدة الفرنسية على أساس أن العدول عنها لا يكفل
مصالح الدائنين إذ يعرضهم لمفاجآت لم يكن في الوسع توقعها ويعرضهم لمشقة
تقصي نظام أموال الزوجين كلما أرادوا أن يولوا الزوج أو الزوجة اثباتهم .
وقد تقدم من قبل أن فقهاء فرنسا في تفصيلهم لفكرة حماية الزوجين من طريق
منعهما من تغيير نظام الزوجية يذهبون إلى أن المشاركة المنشئة للنظام لا تعتبر
عقدا بين الزوجين فحسب وإنما هي ميثاق عائلي يتعقد غالبا بين أمرتين .

هذه هي الحجج التي تساند مبدأ امتناع نظام أموال الزوجية على التغيير ،
ولكن للمبدأ الآخر وجهه وحججه ، فأنصار قابلية النظام المالى للتغيير يذهبون
إلى أن عقد الزواج عقد ممتد وقد يطرأ أثناء الحياة الزوجية من الظروف
ما يقتضى إعادة النظر في نظام أموال الزوجين ، وقد تكون هذه الظروف
متعلقة بالحياة الزوجية نفسها وقد تكون متصلة بوقائع أجنبية عنها كما لو رزق
الزوجان بأولاد وكما لو عدل الزوج عن الاشتغال بالتجارة إلى الاشتغال
بعمل ثابت أو في منصب حكومي ، وكما لو آلت إلى أحد الزوجين ركة
لم تكن متوقعة ، ففي كل تلك الحالات وما يماثلها قد يحس الزوجان حاجة
إلى تعديل نظام أموالهما .

وما من شك في أن المقارنة بين حجج كل من المبدئين لا تؤدي الى وجوب رفض المبدأ الثاني في ذاته ، وإنما هي تؤدي الى البحث فيما اذا كان من الميسور اتقاء ما يتعرض له احد الزوجين من استغلال وامكان توفير ضمانات كاملة للدائنين .

وقد انتهى الرأي في سويسرا الى الأخذ بالمبدأ الثاني مع تهذيبه تهذيبا يدرأ عيوبه عن ذوى الشأن في حدود الامكان ، ولهذا قرر القانون السويسرى جواز تغيير نظام أموال الزوجية سواء من طريق المدول عن النظام القانونى الى نظام اتفاق ، أم عن طريق المدول عن نظام اتفاق الى نظام اتفاق آخر ، أم من طريق المدول عن نظام اتفاق الى النظام القانونى . وأباح ذلك قبل انعقاد الزواج وبعد انعقاد الزواج ، ولكنه قرّن هذه الإباحة بالقيود الآتية :

١ - إذا تم تغيير نظام أموال الزوجية بعد انعقاد الزواج أو تعديله وجب عرض الاتفاق الجديد على هيئة الوصاية لتصدق عليه والا كان غير نافذ حتى بين الزوجين ، وهذه الهيئة لا تقوم بمجرد مصادقة شكلية وإنما تبحث في الاتفاق وتمتنع عن المصادقة كلما وجدت في الاتفاق شلوا صارخا أو مخالفة واضحة لاحكام القانون . وقد يقع أن تصدق هيئة الوصاية على الاتفاق دون أن يكون بحثها قد تناول عناصر الواقع ودون أن تستنبر في ذلك برأى ذوى الشأن جميعا ، ولكن هذا لا يمنع من الطعن في الاتفاق الجديد فيما لو كان قد خالطه عيب من عيوب الرضاء ولو أن الطعن في هذه الحالة لا يكون كبير الجلودى بسبب قصر مد السقوط المقررة في القانون السويسرى بالنسبة الى التمسك بعيوب الرضاء . ولهذا يميل بعض الفقهاء في سويسرا الى القول بأن تصديق هيئة الوصاية لا يحقق ضمانة كاملة ، ولكن الامر المتيقن في تصديق هذه الهيئة هو أنه يفتح المجال لفرصة من فرص الحماية قد يكون فيها كل الفائلة فيما لو أحسن الانتفاع منها .

وقد رؤى أن تصديق هيئة الوصاية يعد قدرا معقولا من الحماية وينبرر من هذا الوجه امكان الاعتماد على حسن استعمال حق الزوجين في تغيير النظام .

٢ - ومن ناحية أخرى كفل القانون السويسرى حماية كاملة للدائنين اذ قضى أولا بأن تغيير النظام لا يؤثر فى حقوق الدائنين التى كانت مرتبة قبل التغيير فهذه الحقوق تظل باقية بضماناتها الأولى ، ثم ان التغيير لا ينفذ فى حقهم بالنسبة الى المستقبل أى فى حق الدائنين الجدد الا اذا تم قيد التغيير وتم شهره على الوجه الذى تقدم بيانه .

وعلى هذا النحو وفق التشريع السويسرى بين حاجة الزوجين الى تغيير النظام كلما جد ما يتطلب ذلك وبين ما ينبغى أن يتوافر لهما وللدائنين من أسباب الحماية .

هذا ومتى تم التغيير تمت فى الوقت نفسه تصفية النظام السابق وفقا للقواعد الخاصة به ، ولكن للزوجين أوسع قسط من الحرية فى اجراء هذه التصفية ، فلا يشترط فيها شكل خاص ولا يشترط فيها اتباع اجراءات خاصة ، بل هى تترك للزوجين بتوليان تنظيمهما وفقا لتقديرهما ، ولهما أن يتخالصا فى شأنها دون قيد من أحكام القانون ، لأن لكل من الزوجين أن يهب الآخر فى ظل القانون السويسرى دون قيد أو نص مانع فى القانون .

(ثالثا) اعتبار نظام اتحاد الأموال نظاما قانونيا يطبق عند عدم الاتفاق على اختيار نظام اضافى :

وقد عرض واضع القانون السويسرى لمسألة النظام الذى يسرى فى شأن أموال الزوجين ان لم يختارا نظاما آخر ، وكان رأى يتردد بين فكرتين ، الأولى فكرة الاشتراك ، والثانية فكرة فصل الأموال .

فأصحاب مذهب الاشتراك يذهبون إلى أن اجتماع الزوجين فى حياة زوجية مشتركة لا بد أن يستتبع بداهة وضرورة اشتراكهما فى الأموال ، فالزوجان يكونان وحدة عائلية لا ينبغى أن يدعى احدهما فى ظلها أن هذا المال له وأن ذاك المال للآخر . ولهذا وجد رأى كان يتجه انجاها قويا إلى تحييد الأخذ بفكرة الاشتراك فى الأموال كنظام قانونى كما هو الشأن فى فرنسا .

ولكن اعترض كثيرون على تلك الفكرة واستندوا فى ذلك إلى أن الزوج هو الذى يستقل بالادارة والتوجيه فى ظل نظام الاشتراك وأن ديون الزوج تقتضى من أمواله ومن الأموال المشتركة ، وهذه الأموال تشمل أموال

الزوجة ، ومن غير السائق أن تحمل الزوجة مسئولية الديون التي يعقدها الزوج على هذا الوجه . ثم أنه روعي من ناحية أخرى أن الأموال التي تقوّل بطريق الارث تدخل في الأموال المشتركة وقد يحصل أحد الزوجين على ميراثه ويدخل هذا الميراث في الأموال المشتركة . ثم يطلب الآخر تصفية نظام الاشتراك أو تم هذه التصفية قبل أن يكون الآخر قد آل إليه ميراث مرتقب ، وفي هذه الحالة تكون التصفية جائزة ، ولهذا لم ير واضح القانون السويسري اعتبار نظام الاشتراك نظاماً قانونياً .

أما نظام فصل الأموال فقد وجد مناصرة كبيرة من طائفتين ، طائفة من ينتصرون لتحرير المرأة ومساواتها بالرجال وطائفة التجار ورجال الأعمال . فالطائفة الأولى رأت أن نظام فصل الأموال يوفر للزوجة نصيباً واضحاً من الاستقلال ويضعها على قدم المساواة مع الرجال وهو بعد نظام يطبق في كثير من البلاد دون عناء كما هو الشأن في إيطاليا وفي إنجلترا . والطائفة الثانية تذهب إلى أن نظام فصل الأموال ييسر المعاملات إذ يجعل ضمان الدائنين واضحاً بالنسبة إلى أموال كل من الزوجين . ولكن رأى الاستاذ "هوفمان" هو الذي تغلب في النهاية إذ قال في تقرير مجلس الدولة عن القانون المدني السويسري أننا نصور الزواج بوصفه اتحاداً يجمع بين حياتين في أدق نواحيهما، وفكرة وجود مديرتين لدمتين يتفاهما كلما صارت الحياة رخاء ولكن يختلفان عند الاقتضاء كلما تعارضت مصالحهما ويبلغان حد العنف في هذا الخلاف ، هذه الفكرة لا تتفق مع مثلنا ولا تنظر بعطفنا وانما هي فكرة تنفر منها كل النفور ، ولهذا يحسن أن نختط طريقاً وسطاً فننشئ بين الزوجين صئورة من صور الاتحاد في الإدارة دون مساس بملكية المال .

ويلاحظ أن نظام اتحاد الأموال الذي جعل نظاماً ذات ولاية عامة قد يكون أكفل بتحقيق مصالح المرأة وهو في الوقت نفسه يكفل الوثام في علاقات الزوجين المالية ، إذ هو يحقق انفصالاً في ملكية الأموال بقدر ما يحقق اتحاداً يتمثل في تركيز إدارة المال والانفصال به في يد الزوج ، ولهذا قيل ان اتحاد الأموال هو نظام وسط بين الانفصال الكامل والاشتراك الكامل .

على ان اختيار واضع القانون السويسرى لنظام اتحاد الأموال لم يخل من احتياطات تتعلق بمصالح الزوجين ، ولهذا انشأ القانون السويسرى مايسمى بالنظام القانونى غير الاعتيادى أو الاستثنائى ، وهذا النظام هو فى الحقيقة نظام فصل الأموال عندما يفرض اما بحكم القانون واما بقرار من القاضى . فالأصل أن يخضع الزوجان لنظام اتحاد الأموال ان سكنا عن الاختيار أو للنظام الذى يتفقان عليه ، ولكن القانون يقرر على سبيل الاستثناء انفصال الأموال بين الزوجين أيا كان النظام المالى بينهما فى حالتين :

فى الحالة الأولى يحقق فصل الأموال بقوة القانون ويقع ذلك عندما يفلس أحد الزوجين وتسفر التفليس عن عدم وجود ما يكتفى للوفاء بحقوق الدائنين ، فإن حرر محضر بذلك استتبع تحرير هذا المحضر انفصال الأموال بين الزوجين ، والحكمة فى ذلك أن ابقاء أى نظام آخر من نظم أموال الزوجية يترتب عليه ضرر محقق بمصالح الطرف المוסر إذ يكون للدائنين إما أن يرجعوا على الأموال المشتركة فى حالة الاشتراك ، وللزوجة على وجه التحقيق نصيبها فى هذه الأموال ، وإما أن يرجعوا على مال الزوج فى حالة اتحاد الأموال ويدخل فى هذا المال فى ظل الاتحاد ريع أموال الزوجية كلها ، ويسمى انفصال الأموال الذى يقع على هذا الوجه بالنظام القانونى الاستثنائى أو غير الاعتيادى . وقد يقع أن يكون أحد الزوجين مفلسا قبل الزواج وإن يكون محضر إثبات قصور أمواله عن الوفاء بديونه قد تم تحريره ، وفى هذه الحالة يكون فصل الأموال هو النظام المعقول بالنسبة إلى الزوجين ، ولكن الانفصال فى هذه الحالة لا يتم بحكم القانون بل ينبغى لتحقيقه أن يعرب الزوج صاحب المصلحة فيه عن رغبته فى فصل الأموال قبل انعقاد الزواج ، ويجب أن يفيد إعلان الرغبة هذا فى سجل مشارطات أموال الزوجية إذا أريد أن يكون نظام الفصل حجة على الغير لأن فصل الأموال بحكم القانون فى حالة الإفلاس شرع لحماية الطرف الموسر من الزوجين ، وهذه الحماية واجبة عندما يطرأ الإفلاس بعد انعقاد الزواج ، أما حيث يكون الإفلاس سابقا على الزواج فى يد كل من الزوجين أن يعصم نفسه من الخطر الذى يتهدده ، فإن لم يفعل أولان اختار رغم علمه بالخطر نظاما اتفاقيا ، فهو وشأنه ، ولا معقب لما قر عليه وأيه

في أحكام القانون . ولهذا لا يعتبر انفصال الأموال الذى يقع بناء على رغبة أحد الخطيبين بسبب إفلاس الخطيب الآخر قبل الزواج نظاما قانونيا استثنائيا ، بل يعتبر من قبيل النظم الاتفاقية ،

وفي حالة ثانية يتم فصل الأموال بعد قيام الزوجية بحكم من القضاء ، ولا يحكم القاضى بالفصل إلا بناء على طلب يقدم من أحد الزوجين أو من الدائنين ، ولكل ذى شأن من هؤلاء أن يتقدم بالطلب كلما كانت مصالحه مهددة بالخطر ، فلو أعسر الزوج مثلا أو حجزت أمواله فللزوجة أن تتقدم بطلب الفصل ، ويكون لها ذلك إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها أو عن الإنفاق في شئون الزوجية ، وللزوج أن يتقدم بالطلب إذا اسرفت الزوجة في الإنفاق حتى نصبت موارد ، أو إذا طلبت إليه أن يقدم لضمان الوفاء بحقوقها تأمينات يعجز عن تقديمها . وللدائنين أن يتقدموا بالطلب إذا آتسوا في بقاء نظام اتحاد الأموال أو نظام الاشتراك ما يهدد مصالحها بسبب ارتباط مركز أحد الزوجين ماليا ، أو بسبب توقع انهيار مركزه المالى . والقاضى هو الذى ينظر في الطلب ويقرر قبوله أو رفضه على حسب الأحوال ، فإن قرر قبوله تم فصل الأموال بين الزوجين وفي هذه الحالة يسمى نظام الفصل القانونى الاستثنائى أو غير الاعتيادى .

ومن كل ما تقدم بين أن النظام القانونى الاعتيادى الذى يسرى على الزوجين عند سكوتهم عن اختيار نظام اتفاقى هو نظام اتحاد الأموال . ولكن يوجد إلى جانب هذا النظام العادى نظام قانونى استثنائى هو نظام انفصال الأموال بقوة القانون أو بقرار من القضاء عندما تتوافر المبررات التى تتيح ذلك .

وأيا كان النظام السابق على فصل الأموال الذى يقع بقوة القانون أو بقرار من القاضى فثل هذا الفصل لا يؤثر في حقوق الدائنين السابقة عليه بل تظل هذه الحقوق قائمة بضماناتها القديمة ، ويتعين عند وقوع الفصل تنظيم الماضى وفقا للنظام القديم ، ويقوم الزوجان عادة بتصفية علاقاتهما القديمة طبقا للنظام السابق ، ولهما في هذا السبيل حرية واسعة سواء من حيث الشكل أم من حيث الموضوع ؛ أما بالنسبة للمستقبل فتسرى عليهما قواعد النظام الجديد .

(رابعاً) المبدأ المتعلق بتعيين ما يدخل وما لا يدخل في نطاق نظام أموال الزوجية :

اتجه القانون السويسري اتجاهاً متحرراً في هذا الشأن ووضع قاعدة عامة مؤداها تقسيم أموال الزوجين الى طائفتين : أموال الزوجية والأموال المحفوظ بها لكل من الزوجين . ويقصد باصطلاح الاموال الزوجية تلك الاموال التي تخصص للقيام على شئون الزوجية . والاصل في الاموال المملوكة للزوجين أن تعتبر من أموال الزوجية ، وهذه قرينة مقررة في أحكام القانون من مقتضاها أن عبء الاثبات يقع على من يدعى العكس .

الا أنه يوجد الى جانب أموال الزوجية ما يسمى بالاموال المحفوظ بها لكل من الزوجين ، ولهذا الاصطلاح معنى خاص في القانون السويسري ، فالأموال المحفوظ بها تعتبر أموالاً خالصة للزوج الذي احتفظ بها له فيكون له أن يتصرف فيها دون موافقة الزوج الآخر ويكون له أن يستقل بإدارتها والانتفاع بها والإفادة من ريعها . فان كان المال المحفوظ به حقاً للزوج كان له أن يتصرف فيه مستقلاً في ظل نظام الاشتراك ، وكان له أن يستقل بريعه دون أن يدخل هذا الريع في غلة أموال الزوجية في ظل نظام الاتحاد . وان كان المال المحفوظ به حقاً للزوجة كان لها أن تتصرف فيه في ظل نظام الاشتراك وان تستقل بإدارته والانتفاع منه والتصرف فيه بداهة في ظل نظام الاتحاد .

والأموال المحفوظ بها تكتسب هذا الوصف إما باتفاق خاص بين الزوجين ، وإما بناء على هبة من الغير وإما بناء على حكم القانون :

١ — الاتفاق الخاص : لم يحجر القانون السويسري على الزوجين فيما يتعلق بحرية تعيين الاموال المحفوظ بها ، فللزوجين أوسع قسط من الحرية في تعيين ما يعتبر مالا محفوظاً به لكل منهما ، وكل ما هنالك أن مثل هذا الاتفاق يجب أن يتم بمشارطة أموال زوجية تستوفي جميع الأوضاع الخاصة بمشارطات أموال الزوجية ، ويترتب على هذه الحرية أن للزوجين بمقتضى اتفاقهما حق الاحتفاظ بالمقاربات مثلاً لأحدهما أو بالمنقولات

أو بمقدار معين أو بمقتول معين دون قيد أو شرط ، وتؤدي هذه الحقيقة الى نتيجة عملية هامة مؤداها أن اتفاق الزوجين على تخصيص مال يحتفظ به لكل منهما يعتبر اتجاهها ظاهرا الى فصل الاموال ، فان اتسع نطاق الاموال المحتفظ بها أدى ذلك الى تعديل على جوهرى فى قواعد النظام المالى .

وقد قبل تبرير للتوسيع على الزوجين فى الاتفاق على تعيين الاموال المحتفظ بها ان هذا التوسيع يمتشى مع الاحترام المقتول لاستقلال كل من الزوجين بامواله فيما لو اتفق على ذلك فضلا عن أن المبدأ نفسه يمتشى مع الاتجاهات الخاصة بتحرير المرأة .

٢ — الهبة أو الوصية : ويعتبر من ناحية اخرى من الاموال المحتفظ بها ما يوهب لأحد الزوجين أو يتلقاه بطريق الوصية اذا اشتملت الهبة أو الوصية على نص خاص باحتفاظ الموهوب له أو الموصى له بالمال الموهوب أو الموصى به . على أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها اذ يستثنى منها فى حالة الوصية ما اذا كان الموصى به هو نصيب الموصى له الشرعى فى الميراث ، فلا ينبغى أن تكون الوصية اداة لآخراج المال من نطاق أموال الزوجية ولا سيما أن الزوج ربما يعتمد على هذا المال فى نظام الاشتراك وربما كان يؤمل أن يحصل على ربه فى نظام اتحاد الاموال .

٣ — نص القانون : يدخل فى نطاق الاموال المحتفظ بها ما نصت عليه المادة ٢٩٩ اذ قضت بما يأتى " يعتبر مالا محتفظا به بحكم القانون أولا : الأشياء المخصصة للاستعمال الشخصى لأحد الزوجين . ثانيا : أموال الزوجة التى تتعلق بمباشرتها حرفة معينة أو صناعة معينة . ثالثا : دخل الزوجة من عملها فى كل ما يتجاوز نشاطها المنزلى " .

وهذه هى الطائفة الثالثة من الأموال المحتفظ بها . وقد تقررت صفتها بنص خاص فى القانون . ويدخل فى هذه الطائفة الثالثة أولا : ما يخص للاستعمال الشخصى لأحد الزوجين كلباس السيدات والمصوغات وأدوات الزينة بالنسبة إلى السيدات ، ويسرى الحكم نفسه فيما يتعلق بما يعتبر من الأشياء مخصصا للاستعمال الشخصى للزوج . ويدخل كذلك أموال الزوجة التى تخص

لحرقها أو صناعتها ، فهذه الأموال تعتبر خالصة لها بمعنى أنها تخرج من نطاق أموال الزوجية ربة ومنفعة . ويقابل ذلك أن هذه الأموال تتحمل كل ما يتعلق بها من ديون دون أن يسأل الزوج عن ذلك . ويدخل فيها أخيراً دخل الزوجة من عملها ، ولكن يراعى فيما يتعلق بهذا الدخل أن مايعتبر منه مالا محتفظا به هو ما يتم قبضه بعد الزواج ، أما ما يكون مقتصدا من هذا الدخل من قبل فيعتبر حصّة للزوجة ويدخل بهذه المثابة في أموال الزوجية .

ثم إن دخل الزوجة من عملها لايعتبر مالا محتفظا به الا في حدود مايجاوز النشاط المنزلى ، بمعنى أن تكون الزوجة قائمة بعمل مستقل عن هذا النشاط كما لو اشغلت بالكتابة على الآلة الكاتبة أو بالتمثيل أو بأى عمل مستقل آخر ، أما حيث يؤول اليها دخل من نشاطها المنزلى كما لو كانت زوجة لزارع واشتركت معه في الحياة الريفية وحصلت في مقابل ذلك على جعل أو مكافأة مادية دورية ، فمثل هذا الجعل أو تلك المكافأة لايعتبر من قبيل المال المحتفظ به . وكما لو خصص الزوجان في منزلها غرفة للسكنى وحصلت الزوجة في مقابل ذلك على دخل ، فالدخل في الجالتين المتقدمتين يعتبر متعلقا بالنشاط المنزلى للزوجة ولهذا لا يحتفظ لها به . والتفريق بين مايعتبر منزليا أو غير منزلى من نشاط الزوجة مسألة واقع يرجع فيها إلى كل حالة بخصوصها .

وأخيرا يلاحظ أنه ليس للزوجة أن تدخل دخلها من عملها في نطاق الأموال التي تحتفظ بها اذا أدت الظروف بالزوج الى المساس برأس ماله وألحت عليه الحاجة فقصّر عن الاتفاق على الشئون المنزلية .

والاحتفاظ بالمال يطبق بالنسبة الى الزوجة وبالنسبة الى الزوج على حد سواء . ولكن الأهمية العملية لفكرة المال المحتفظ به تظهر بالنسبة الى الزوجة أكثر من ظهورها بالنسبة الى الزوج ، ذلك أن الزوج في ظل نظام الاشتراك وهو مسئول في الأموال المشتركة وفي ذمته الشخصية عن ديون الزوجية وعن ديونه الخاصة . كذلك الشأن فيما يتعلق بنظام الاتحاد فالزوج في هذا النظام يسأل عن ديون الزوجية كما يسأل عن ديونه الخاصة في أمواله الخاصة .

أما بالنسبة للزوجة فاحتفاظها بمال من الأموال يجعل هذا المال خالصا لها ربة ومنفعة كما يجعله بمنأى من المسئولية عن الديون التي يعقدها الزوج

أو التي تعقد لشئون الزوجية . ولهذا نصت المادة ١٩٢ من القانون المدني السويسرى على أن الأموال المحتفظ بها تخضع للقواعد المتعلقة بفصل الأموال ولا سيما فيما يتعلق بالاتفاق على شئون الزوجية .

هذه هى المبادئ العامة التى اتبعتها واضع القانون السويسرى فى شأن النظام المالى بين الزوجين . وتوجد على هذا الأساس نظم ثلاثة رئيسية :

أولها نظام اتحاد الأموال ، وثانيها نظام الاشتراك ، وثالثها نظام فصل الأموال .

المبحث الأول

فى نظام اتحاد الأموال

أفرد القانون السويسرى المواد من ١٩٤ الى ٢١٤ لنظام اتحاد الأموال ، وهذا النظام هو الشائع الغالب فى سويسرا ، ويتبع - كما قلنا - كلما سكت الزوجان عن الاتفاق على نظام آخر .

ويقوم هذا النظام على فكرة أساسية هى ادماج أموال الزوجين فى وحدة اقتصادية يتولى الزوج إدارتها والانتفاع بها ، ولكن دون مساس للملكية عناصر هذه الوحدة ؛ فكل من الزوجين يظل مالكاً لأمواله ، ولذلك لا توجد وحدة قانونية تجمع الأموال الداخلة فى الاتحاد وتسد ملكيتها الى أحد الزوجين أو الى الزوجين معا ، فهذه الفكرة لا وجود لها على الإطلاق فى ظل نظام اتحاد الأموال . ويتضح مما تقدم أن نظام اتحاد الأموال يتركز فى مبدئين رئيسيين :

الأول : هو استقلال كل من الزوجين بملكية ماله .
والثانى : هو جمع إدارة مال الزوجين فى يد الزوج وتحويل الزوج حق الانتفاع بهذا المال .

(أولاً) استقلال كل من الزوجين بملكية ماله :

استعمل القانون المدني السويسرى اصطلاح اتحاد الأموال ، وقد يكون فى هذا الاصطلاح ما يوحى بخلاف الواقع لأن المقصود فى ظل نظام الاتحاد

هو اجتماع الأموال ماديا في وحدة للإدارة ، أما من حيث الملكية فلا يوجد اتحاد أو اجتماع على وجه الإطلاق ، فهناك أموال للزوج وأموال للزوجة ، وهناك ذمة للزوج وذمة للزوجة ، وهاتان الطائفتان من الأموال أو هاتان الذمتان تحتفظان بكيانهما دون تدخل أو اندماج ، وكل ما هنالك أن الأموال المملوكة للزوجة وللزوج تخضع من حيث الإدارة لنظام واحد ، ولكن لا تتناول هذه الإدارة الا ما يعتبر من أموال كل من الزوجين داخلا في نطاق ما يسمى بأموال الزوجية . وأموال الزوجية في ظل نظام الاتحاد تتناول ما يسمى بالحصص وما يسمى بالأموال الطارئة :

الحصص : فالحصص هي كل مال يكون مملوكا لأحد الزوجين وقت الزواج فيها عدا الأموال المحتفظ بها أو يؤول اليه أثناء الزوجية بطريق الهبة أو الميراث ، يستوى في ذلك أن يكون هذا المال حقا شخصيا أو عينيا أو حقا من الحقوق المعنوية . فيدخل في الحصة العقار والمنقول والدين وحقوق التأليف ، كما تدخل فيها حقوق الارتفاق والسهام والسندات وكل ما يصدق عليه وصف المال .

ولم يرد في القانون السويسري تعريف للحصة الا بالنسبة الى الزوجة ولكن هذا التعريف يطبق ايضا بالنسبة الى الزوج ، وعلى هذا النحو تتخذ الحصة واحدة من صورتين .

فهي اما تكون مالا مملوكا لاحد الزوجين وقت الزواج ، واما أن تكون مالا آل اليه بعد الزواج بسبب من غير أسباب المعاوضات .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٩٥ اذ قضت بأن أموال الزوجية التي كانت مملوكة للزوجة عند انعقاد الزواج أو التي آلت اليها أثناء الزواج بالميراث أو بأي سبب من أسباب التبرع تعتبر حصصا لها وتظل في ملكها .

وكل مال يكون حصة ويستبدل به مال آخر يؤدي استبداله الى اعتبار هذا المال الاخير حصة بدوره وكذلك الحكم فيما يتعلق بكل مال يشترى بنقود تعتبر حصة أو بناتج ثمن حصة من الحصص . فنظرية الحلول العيني تطبق في هذا الصدد تطبيقاً كاملاً . وتسرى القواعد المتقدم ذكرها بالنسبة الى حصص الزوجة وحصص الزوج على حد سواء .

فأول عنصر من عناصر أموال الزوجية في ظل نظام الاتحاد هو الحصص، والحصص تتميز عن غيرها بأنها إما أن تكون مملوكة ملكية خالصة للزوج وإما أن تكون مملوكة ملكية خالصة للزوجة .

الاموال الطارئة

أما العنصر الثاني الذي تتكون منه أموال الزوجية فهو ما يسمى بالمال الطارئ أو ما يسمى في اصطلاح البعض بالمقتنيات أو المغام . ويقصد بالمال الطارئ كل مال يكتسب أثناء قيام الزوجية وكذلك كل مال يكون مصلره عقداً من عقود المعاوضات كما لو اشترى الزوجان عقاراً أثناء قيام الزوجية . على أنه يلاحظ أنه لايعتبر من قبيل المال الطارئ أولاً : ما يكون مجرد زيادة في حصة من الحصص ليرجع الى نشاط إيجابي من الزوجين كما لو ارتفعت قيمة أسهم كانت تعتبر حصة للزوجين ، فالارتفاع في القيمة لايعتبر مالا طارئاً وإنما يعتبر ملحقا بالحصة شأنه شأن الانخفاض في قيمة الحصة ، ولكن لو فرض أن الزوجين تعاونوا في ادخال تحسينات على عقار كان يملكه أحدهما ، ففي هذه الحالة تعتبر قيمة هذه التحسينات فيما لو كان للتحسينات كيان مستقل كإقامة دور ملحقة بدار أصلية ، أو إقامة شقة جديدة في العقار من قبيل الأموال الطارئة . ولا يدخل كذلك في عداد الأموال ما يعتبر مالا محفظا به ولا ما يطرأ من زيادة على هذا المال فالأموال المحفوظ بها حتى إذا اقتنيت بعوض أثناء قيام الزوجية لايعتبر من الأموال الطارئة ، وكذلك الشأن في كل مال يشتري بالأموال المحفوظ بها أو بشمها .

وأخيرا يلاحظ أن ما يكتسب من الأموال على أساس الاثراء دينا تعويضيا على الزوج الآخر الذي استقر الاثراء في ذمته .

هذه هي فكرة الأموال الطارئة . وهذه الأموال تتميز عن الحصص وعن الأرباح : فهي تتميز عن الحصص على أساس أن الحصة قد تكون مملوكة للزوجة وقد تكون مملوكة للزوج وفقا لمصلرها ، أما المال الطارئ فيكون دائما مملوكا للزوج بوصفه رئيسا للاتحاد . والواقع أن المقروض في المال الطارئ أنه يقتني مما يقصده الزوج من ريع أموال الزوجية أو من ريع أمواله المحفوظ به .

وإذا كان من الواضح أن الزوج قد يستعمل في إقتناء المال الطارىء ريع أموال الزوجة فن الواضح أيضا أن فكرة الرج تعوض الزوجة تعويضا كبيرا ، ولكن المهم في كل ما تقدم هو أن المال الطارىء يعتبر مملوكا للزوج ويظل مملوكا له حتى بعد التصفية . والملكية هنا مفرزة لا شركة فيها للزوجة على وجه الإطلاق .

فنظام اتحاد الأموال لا ينشئ بصورة من الصور ولا بحالة من الأحوال أى اشتراكا في ملكية الحصص ولا في ملكية الأموال الطارئة ، إذ الحصص تكون مملوكة لأحد الزوجين أو للآخر والأموال الطارئة تكون مملوكة للزوج وحده .

ثم أن المال الطارىء يختلف عن الرج اختلافا جوهريا . فالمال الطارىء يكون مالا معينا يرد عليه حق ملكية الزوج أما الرج فهو نتيجة حسابية لا تكون محلا لحق عيني وإنما تكون محلا لحق شخصي ، فعند تصفية الاتحاد تقارن قيمة الحصص التي يملكها الزوجان وقت دخولها في الاتحاد بقيمة أموال الاتحاد جميعا من حصص وأموال طارئة ، فإذا كانت القيمة الأخيرة أقل من الأولى قيل أن الاتحاد خاسر ، وإن كانت القيمة الأولى أقل من الأخيرة وضع الرقم أى الناتج الحسابي كنتيجة حسابية وكان للزوجة حق في ثلث هذا الناتج الحسابي ويظل الثلثان حقا للزوج ، ومعنى تملك الزوجة للثلث في الرج هو حصولها على دين يعادل ثلث الناتج الحسابي فإذا فرض مثلا أن التصفية أسفرت عن ربح مقداره ٩٠٠ جنيه ففي هذه الحال يكون للزوجة الحق في مطالبة زوجها بدين شخصي قدره ٣٠٠ جنيه ، فالربح لا يتمثل في مال معين على وجه الإطلاق وإنما هو نتيجة ميزانية حسابية ، ويظل كذلك ولو ثبت أن الزوجين لم يملكا من قبل حصصا على وجه الإطلاق . وإنما ملك الزوج بعد الزوجة مالا طارئا مثله عقار معين ، ففي هذه الحالة يتم حساب التصفية على أساس أن قيمة أموال الزوجية من حصص صفر وقيمة أموال الزوجية عند انحلال الاتحاد ٩٠٠٠ جنيه هي قيمة العقار والفرق بين الرقين هو الذي يعتبر ربحا ، أما العقار نفسه فيعتبر مالا طارئا ويظل مملوكا للزوج وحده وكل ما هنالك أن للزوجة أن تطالب بتسليمها في الربح أى أن تطالب الزوج بدين شخصي قدره ٣٠٠٠٠ جنيه وهو نصيبها بحق الثلث في الأرباح .

وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بذلك في حكمها الصادر في ٢٦ يونيو سنة ١٩٥٥ إذ قررت أن الزوجة السويسرية لا تملك حقا عينيا في الأموال الطارئة وإنما تكون هذه الأموال مملوكة للزوج وينحصر حق الزوجة في مجرد مطالبة الزوج بنصيبها في الأرباح على أساس حق شخصي يتقرر لها من واقع النتيجة الحسابية التي تستخلص من مقارنة القيمتين المتقدم ذكرهما .

وبين مما تقدم أن الحصاص تكون مملوكة ملكية مفرزة إما للزوجة وإما للزوج على حسب الأحوال ، أما المال الطارئ فيكون دائما ملكا للزوج .

على أن ما يتعلق بالحصة أو المال الطارئ هو تعيين من يملك حق ملكية على المال . فالأمر متعلق إذن بالحقوق العينية التي تكون قائمة في ظل نظام اتحاد الأموال ، بيد أن هذا النظام يستتبع وجود علاقات التزام أو حقوق شخصية بين الزوجين ، فللزوجة ديون تعويضية في ذمة الزوج تعويضا عن قيمة ما يدخل من أموالها في ذمة الزوج أو تعويضها عن نقص قيمة حصصها فيها لو طرأ النقص بسبب تقصير الزوج ، وقد يكون للزوج ديون تعويضية في ذمة زوجته تعوضه عن كل ما يتناول أمواله من نقص فيها إذا طرأ النقص بفعل الزوجة وتعوضه كذلك عما يكون قد أنفق على الزوجة انفاقا مجاوزا للحد .

اثبات ملكية الحصاص

وعلى هذا النحو ينكشف نظام اتحاد الأموال عن استقلال كامل في الملكية ، فهو نظام لا يوجد فيه أثر لشيوع الملكية أو لاشتراك الزوجين فيها ، وكل ما هنالك أن حصاص الزوجة تسلم للزوج لإدارتها ، ولهذا تتخذ مسألة الإثبات بالنسبة إلى ملكية الحصاص وضعيا خاصا . فالأصل أن الزوج يعتبر مالكا لأموال الزوجية كلها ، وعلى من يدعى العكس أن يقيم الدليل على ذلك . ولهذا يحتاط الزوجان بالنسبة إلى هذه القرينة وينحصر احتياطهما في المنقولات لأن السجل العقاري يكون سندا كافيا في إثبات الملكية بالنسبة إلى العقارات ، أما فيما يتعلق بالمنقولات ، فالأمر يختلف عن ذلك ولا سيما أن قاعدة الحياة في المنقول تؤدي إلى سهولة تصرف الزوج فيها يكون في يده من منقولات الزوجة .

ولهذا وضع القانون السويسرى نصا خاصا بكيفية إثبات ملكية الحصص ، وهذا النص يقضى بأن للزوج والزوجة أن يطلبوا اعداد قائمة بمجرد الحصص وتعتبر قائمة الجرد هذه سندا قاطعا فى اثبات الملكية متى اعدت خلال الأشهر الستة التالية لتقديم الحصص ، فإذا تم الجرد بعد هذا الميعاد كان الأمر متروكا لتقدير القضاء . ويتضمن الجرد عادة الى جانب تفصيل مفردات الحصص تقدير قيمة كل حصة ، ويعتبر هذا التقدير ملزما عند التصفية .

استثناءات على مبدأ استقلال كل من الزوجين بملكية أمواله

على أنه يلاحظ أن نظام اتحاد الأموال وان كان نظاما يقوم على احتفاظ كل من الزوجين بملكية ماله الا أن هناك استثناءات ترد على هذا الأصل :

أولها اتفاقية ، فقد يتفق الزوجان على أن ينشئا بعقد خاص ملكية مشتركة بينهما فى حدود مال معين ، وفى هذه الحالة يكون الاشتراك قاصرا على ما تناوله الاتفاق بالذات . والواقع أن هذه الصورة لا تعتبر من الاستثناء فى شيء وإن أدت إلى خضوع الزوجين لنظام مختلط يخضع لقواعد اتحاد الأموال كمقاعدة عامة ولقواعد الاشتراك بالنسبة الى المال المشترك .

والثانى قانونى ، قرره القانون الملى فى المادة ١٩٩ . فجميع حصص الزوجة التى تكون من قبيل النقود أو المثليات التى لا تتعين بذاتها تنتقل ملكية الزوج ويصبح الزوج مدينا بقيمتها ، وفى هذا المعنى تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٠١ من القانون الملى السويسرى على أن نقود الزوجة وسائر أموالها المثلية وما يكون مملوكا لها من سندات لحاملها ينتقل ملكه الى الزوج ويكون الزوج مدينا بقيمة ما انتقل ملكه إليه ، كل هذا بشرط الا تكون الأموال المتقدم ذكرها مفرزة أو محببة تمنحها يعين ذاتها .

ويلاحظ أن هذا الاستثناء الثانى يعتبر استثناء حقيقيا ويترتب عليه أن يملك الزوج كل حصة للزوجة تكون من قبيل النقود أو المثليات أو ما فى حكمها كالسندات لحاملها .

ويلاحظ أنه يترتب على تملك الزوج لتلك الأموال أن يصبح مدينا بقيمتها للزوجة ويعتبر هذا الدين من قبيل الديون التعويضية .

والثالث هو الاستثناء الذى يترتب باتفاق المتعاقدين ، فقد نصت المادة ١٩٩ على أنه يجوز للزوجين خلال الأشهر الستة التالية لتقديم حصصة الزوجة أن يتفقا ، مع مراعاة الأوضاع الخاصة بمشارطة أموال الزوجية ، على أن تؤول ملكية حصص الزوجة الى الزوج وفقا لقيمتها المقدرة فى الجرد وعلى أن يكون الزوج مدينا بهذه القيمة دون زيادة أو نقص . ومثل هذا الاتفاق لا يترتب عليه اشتراك فى الملكية بل يترتب عليه انتقال ملكية حصص الزوجة الى الزوج ، ومتى تم هذا الانتقال لم يعد للزوجة حق فى ملكية حصصها وانحصرت حقها فى دين يترتب فى ذمة الزوج . فلو فرض أن رباط الزوجية انحل فلا يجوز للزوجة أن تطالب باسترداد حصصها عينا وانما ينحصر حقها فى المطالبة بالدين الذى نشأ لها من جراء الاتفاق على نقل ملكية الحصص الى الزوج .

والحقيقة أن الاتفاق فى حالة الاستثناء الثالث يكون بمثابة بيع يقترن بتجديد لدين الثمن بمعنى أن يصبح هذا الدين مؤجلا وأن يفصل هذا الدين عن سببه .

ما يترتب على استقلال كل منهما بملكية المال

وفى عدا هذه الاستثناءات يظل كل من الزوجين محتفظا بحقه فى ملكية ماله . ويترتب على استقلال كل منهما بملكية ماله نتائج منها أن الزوجة تستطيع أن تسرد أموالها من يد الزوج كلما أفلس الزوج ، ولها أن تدخل فى التفليس للمطالبة بديونها التعويضية الناشئة عن فقدان حصصها ، بل ويكون للزوجة حق امتياز على أموال الزوج فى حدود نصف حصصها .

ويترتب كذلك على مبدأ استقلال الملكية استقلال مقابل فى المسؤولية عن الديون ، فأموال كل من الزوجين تسأل عن الديون السابقة على الزواج ، أما الديون اللاحقة للزواج فيسأل عنها الزوج متى كان هو الذى عقدها ، ويسأل كذلك عن الديون التى تعقدها الزوجة إذا كانت قد عقدها بوصفها ممثلة أو نائبة عن الاتحاد . هذا وتسأل الزوجة فى أموالها عن الديون التى تعقدها بموافقة زوجها أو التى تعقدها لمصلحة الزوج بموافقة هيئة الوصاية ، أو الديون

التي تعقدها بسبب مباشرتها لحرفة أو صناعة ، أو التي تكون متعلقة بميراث آل إليها ، أو الديون التي تنشأ عن أفعالها الضارة . بل وتسأل كذلك عن الديون التي يعقدها الزوج في سبيل الشئون المنزلية إذا كان الزوج معسراً .

ومن هذا يبين أن فكرة استقلال كل من الزوجين بملكية ماله تؤدي عملاً إلى استقلال كل من اليمينين بتحمل نصيب واضح من الديون :

(ثانياً) مبدأ انفرد الزوج بالادارة والانتفاع :

تنص المادة ٢٠٠ على أن الزوج يتولى إدارة أموال الزوجية وتكون مصاريف الإدارة على عاتقه ولا يجوز للزوجة أن تتولى الإدارة إلا بوصفها نائبة عن الاتحاد . وتنص المادة ٢٠١ على أن للزوج حق الانتفاع بحصص الزوجة ويسأل عن هذه الحصص مسئولية صاحب حق الانتفاع ولا يترتب على اعداد قائمة للجرد تشديد أحكام هذه المسئولية .

ويبين من هذين النصين أن اتحاد الأموال يجعل من أموال الزوجية التي يملكها الزوجان كل منها على استقلال وحدة اقتصادية من حيث الإدارة والانتفاع . فالإدارة والانتفاع يستقران في يد الزوج وحده ، ويترتب على ذلك أن يقوم الزوج أولاً بإدارة جميع أموال الاتحاد ، وهذا حق وواجب على الزوج في آن واحد، ويكون للزوج أن ينبى عنه زوجته في هذه الإدارة ، وفي هذه الحالة تملك الزوجة الإدارة بوصفها نائبة لا بمقتضى حق يقره لها القانون . وقد تستفاد النيابة مما جرى به العرف بالنسبة إلى طراز معيشة الزوجين كما كانا يعيشان في بيئة ريفية ، ففي مثل هذه البيئة قد تتولى الزوجة إدارة بعض الأموال بوصفها نائبة نيابة ضمنية عن الاتحاد .

ويقصد بأعمال الإدارة جميع الأعمال التي يقصد منها إلى المحافظة والصيانة والاستثمار ، وبوجه عام القيام على شئون المال . وقد تتخذ الإدارة صورة التصرف استثناء بالنسبة إلى المال الذي يستلزم القيام على شئونه امكان التصرف فيه ان اقتضى الأمر ذلك كما هو الشأن بالنسبة إلى الأوراق المالية ، فهذه الأوراق قد ترتفع قيمتها وقد تنخفض ولذلك يكون من حسن الإدارة المبادرة ببيع الأوراق المالية كلما جد ما يرجح الاعتقاد بانخفاض قيمتها انخفاضاً كبيراً .

على أنه يلاحظ من ناحية أخرى أن الزوجة لا تملك فيما عدا الاستثناء المشار إليه من قبل أن تتولى إدارة أموال الزوجية ، فهذه الإدارة مستقل بها الزوج وحده .

ويكون للزوج ثانياً حق الانتفاع بأموال الزوجية ومعنى ذلك أن الزوج يملك ثمار هذه الأموال وما تغل من دخل أو إيراد ، وهو في هذه الحدود صاحب حق انتفاع أصيل . ومؤدى هذا أن الزوج لا يلزم بتقديم حساب عن إدارته عند انحلال رباط الزوجية أو إنهاء الاتحاد .

ويقابل حق الانتفاع هذا مسئولية الزوج عن أموال الزوجية ، أو عبارة أخرى مسئولية الزوج عن حصص الزوجة ؛ فهو مكلف بأن يرعى في انتفاعه بهذه الحصص ما يجب على صاحب حق الانتفاع من محافظة وصيانة ، فإذا وقع من الزوج في انتفاعه ما ينقص من قيمة حصص الزوجة ، كان مسئولاً عن ذلك ، ووجب عليه أن يعرض الزوجة عن الضرر الذي يلحق بمالها . وبديهي أن الزوج لا يسأل عن كل نقص في القيمة يرجع مصدره الى مجرد الانتفاع المألوف ، وكذلك لا يسأل عن أى نقص في القيمة ينشأ عن أسباب لا يد له فيها ؛ كما لو انخفضت قيمة الأوراق المالية في السوق .

في حدود الإدارة والانتفاع اذن يكون الزوج المدير أو الرئيس الفعلي للاتحاد . وأياً كان مدى حق الزوج في الإدارة أو مدى حقه في الانتفاع فهو لا يملك حق التصرف . وهذه القاعدة مقررة في المادة ٢٠٢ التي نصت على أنه « لا يجوز للزوج أن يتصرف في حصص الزوجة التي لم تدخل في ملكه دون رضاء الزوجة ، ومع ذلك فيستخلص هذا الرضاء بالنسبة الى الغير من مجرد تصرف الزوج الا أن يكون هذا الغير عالماً أو من واجبه أن يعلم أن رضاء الزوجة لم يصدر ، والا أن يكون المال المبيع مما يمتنع أن يكون مملوكاً لغير الزوجة » . وهذا النص يعتبر مجرد تطبيق لفكرة انفصال الملكية واستقلال كل من الزوجين للملكية . ذلك أن الزوج لا يملك التصرف في أموال الزوجة دون أن ترتضى هي ذلك لأنها لا تتجرد من ملكية حصصها . ولهذا يعتبر تصرف الزوج باطلاً في حصص الزوجة متى صدر دون رضاء منها . ويفرق في هذا الشأن بين العقار والمنقول . ففي العقار قد يكون من العسير أن يتصرف

الزوج دون رضا الزوجة ، أما في المنقول فالأمر يختلف عن ذلك . ولهذا أراد المشرع كثافة لاستقرار المعاملات أن يجعل مجرد تصرف الزوج في المنقول قرينة على رضا الزوجة بالتصرف ولا تزول هذه القرينة الا باثبات واحد من أمرين : أولهما أن تثبت الزوجة أن المشتري كان يعلم أن المال مملوكا لها ، وثانيهما أن تثبت الزوجة أن المال المبيع يمنع أن يكون مملوكا الا لها هي .

أما الزوجة فلا يجوز لها أن تصرف في أموال الزوجية الا بصفتها نائبة عن الاتحاد ، ولا يجوز لها أن تصرف في أموالها الا بموافقة الزوج ، ومع هذا فقد تعرض صور من التصرف تنطوي على شيء من الدقة ولا سيما بمناسبة التركات ؛ فقد يؤول الى الزوجة ميراث والزوجة بالخيار إما أن تقبل الميراث وإما أن ترفضه . ورفضها للميراث يعتبر ضربا من ضروب التصرف . وقد واجهت المادة ٢٠٣ هذه الحالة فنصت على أنه لا يجوز للزوجة أن ترفض ميراثا الا بموافقة الزوج فاذا رفض الزوج أن يوافق على رفض الزوجة للميراث كان لها أن تلجأ الى هيئة الوصاية .

والواقع أن الزوجة قد ترفض الميراث اذا كانت التركة مدينة وكانت ديونها أكثر من حقوقها ، ولكن قد يكون للزوجين مصلحة في حصول الزوجة على هذا الميراث ، ولذلك أبيح للزوج أن راقب استعمال الزوجة لحقها في رفض التركة التي تؤول اليها ؛ فهي لا تملك الرفض الا بموافقة ، فان أبي عليها هذه الموافقة تعسفا منه كان للزوجة أن تحتكم الى هيئة الوصاية .

هذه هي الاحكام العامة المتعلقة بحق الزوج في الادارة والانفاق ، وقد كان طبيعياً أن ترتب القانون ضمانات معينة للزوجة تكفل صيانة حقوقها في ملكية المال الذي يدخل في الاتحاد .

وأول هذه الضمانات هو حق الزوجة في اعداد قائمة الجرد ، وهذه ضمانة اتفاقية ، إلا أن القانون نظم ضمانات أخرى ، فنص أولاً على أن للزوجة أن تطالب الزوج بتقديم تأمينات تضمن وفاء الزوج بما قد يترتب في ذمته من حقوق ، ونص أخيراً على حق امتياز للزوجة في حدود نصف قيمة حصصها عندما يفسل الزوج .

اتهاء نظام اتحاد الأموال

بقي أن تبين القواعد المتعلقة بانتهاء نظام اتحاد الأموال وتصفية العلاقات المالية بين الزوجين عندئذ . ونظام الاتحاد ينتهي إما باختيار الزوجين لنظام آخر بمقتضى مشاركة أموال زوجية ، وإما بانتهاء رابطة الزوجية بالطلاق أو بالموت ، والقاعدة أنه أيا كان سبب انتهاء نظام الاتحاد فثمة أحكام تتبع في تصفية علاقات الزوجين ، وهذه الأحكام تتناول مسألتين :

المسألة الأولى : فرز ملكية كل من الزوجين أو ما يسمى أحيانا بتصفية الملكية .

والمسألة الثانية : هي حساب نتيجة الاتحاد أى حساب الخسارة أو الربح .

١ - تصفية الملكية : ففيا يتعلق بالمسألة الأولى عندما ينتهى الاتحاد محل الوحدة الاقتصادية التي جمعت حصص الزوجة وحصص الزوج والأموال الطارئة ، وعلى هذا الأساس تسترد الزوجة عينا ما يكون قائما من حصصها ويسترد الزوج عينا ما يكون قائما من حصصه ، ويأخذ الزوج فضلا عن ذلك جميع الأموال الطارئة بوصفها مملوكة له . وعلى هذا الوجه تصفى مسألة الملكية . وهي تنتهى في الحقيقة الى استئثار كل من الزوجين بأموال الزوجية التي كانت مملوكة له .

٢ - حساب نتيجة الاتحاد : أما المسألة الثانية وهي مسألة حساب نتيجة الاتحاد فهي مسألة حسابية ينتهى أمرها الى عمل تقديرين ، تقدير لأموال الزوجية وقت بدء الاتحاد ، ثم تقدير لأموال الزوجية وقت انتهاء الاتحاد ، فان اسفرت المقارنة بين النتيجةين عن فائض في القيمة قبل ان الاتحاد انتهى الى خسارة . والربح يقسم بين الزوجين بنسبة الثلثين للزوج والثلث للزوجة الا اذا اتفقا على نسبة أخرى في التوزيع . أما الخسارة فيتحملها الزوج وحده .

ويلاحظ أن اتمام الحساب بين الزوجين والانتهاء في التصفية الى نتيجة معينة لا يترتب عليهما ترتيب عيني للزوجة في الأرباح ان وجدت لأن الربح ليس بمال مادي ولأن الأموال الطارئة تعتبر ملكا للزوج ، ولهذا لا يكون

للزوجة الا أن تطالب زوجها بدين تعادل قيمته نصيبها في الربح هو مجرد حق شخصي أو حق دائنين يخول الزوجة أن تطالب الزوج بمبلغ من المال فحسب ، وتقدر قيمة الربح أو الخسارة وفقا لأحكام القانون أو وفقا لاتفاق الزوجين اذا تضمنت مشاركة الأموال اتفاقا خاصا في هذا الشأن .

وقد أثبتت مسألة جواز اتفاق الزوجين على تعديل نصيب الزوجة أو الزوج في الربح ، فالقانون يقرر عند عدم وجود الاتفاق أن الزوجة تنال الثلث في الربح أما الزوج فيكون نصيبه الثلثين ، فهل يجوز الاتفاق على تعديل هذه النسبة أو على أن يكون لأحد الزوجين الربح كله أو أن يتحمل أحد الزوجين الخسارة كلها دون ربح ؟

الجواب أن هذه المسألة مرت بمرحلتين : مرحلة أولى تردد فيها الفقه فذهب فريق منه الى أن التعديل جائز ولكن في الحد الذي لا يستتبع اعطاء الربح كله لزوج وتحميل الخسارة كلها لزوج آخر ، اذ في هذه الحالة يكون الاتفاق قد انطوى على شرط جائز ، ومثل هذا الشرط باطل بالنسبة الى الشركة العادية اذ هي تبطل متى وجد فيها ما يسمى بشرط الأسد ، فكذلك ينبغي أن يكون الحكم في المشاركة في الأرباح . الا أن هذا الرأي هجر بعد ذلك في الفقه بعد أن استقر القضاء عليه ، ولذلك يجمع الفقهاء في الوقت الحاضر على أساس اجماع القضاء على أن للزوجين أن يعقدا في شأن توزيع الربح أى اتفاق شاءا ولو كان من شأن هذا الاتفاق أن تؤول الأرباح كلها الى أحد الزوجين وأن يتحمل الزوج الآخر الخسارة بالغة قيمتها ما بلغت .

ويستند هذا الرأي الى أن المشاركة في الأرباح في ظل نظام الاتحاد ليست من قبيل الشركات المالية ، فقد يقع عملا أن يطبق نظام اتحاد الأموال على زوجين لم يأت أحدهما بحصة ولم يدخل في أموال الزوجية مالا من الأموال ، وفي هذه الحالة تكون أموال الاتحاد جميعاً مملوكة لصاحب الحق فيها ، وعلى ذلك يكون لذين الزوجين أن يترافيا على اتباع قاعدة في التقسيم تخالف القاعدة التي يقررها القانون . فلو فرض مثلا أن الزوج كان ماليا وأن الزوجة كانت معلمة فمثل هذا الاتفاق سائر بينهما . على أن الامر لا يقف عند هذه الحدود بل أن علاقات الزوجية تتناول مسائل بالغة الدقة ،

ولهذا ينبغي أن يكون لهما الحق في التراضي على القواعد المتعلقة بتعيين نصيب كل منهما في الربح سواء بالزيادة أم بالانقاص ، فلا يوجد ما يمنع مثلا من أن يتفق الزوجان على أن تستقل الزوجة المعدمة بالربح كله حتى يكفل لها عند انحلال رباط الزوجية أو انقضاءه نصيب من المال يتكافأ مع المركز المالي للزوج .

وبدسرى أن القاعدة المتعلقة بتقسيم الربح ليست من النظام العام على هذا الوجه ، ولهذا لا يجوز للزوجين ولو لم يتفقا من قبل على نظام معين لتوزيع الأرباح فيما بينهما أن يتراضيا عند التصفية على أية تسوية في شأن توزيع الربح ، اذ أن الاعتراف للزوجين بحق التنازل مقدما عن كل نصيب في الربح يثبت لهما من باب أولى حق التنازل عن هذا الربح بعد أن يتولد على أساس التصفية . ويلاحظ أخيرا أن الحق في الربح يتحدد من الناحية الزمنية في وقت معين هو وقت انحلال الزواج أو انقضاء رابطة الزوجية ، فالحق في الربح لا يولد الا هذا الوقت ، أما قبل ذلك فلا يوجد الحق اذ قيام الزوجية يجعل الزوج مستقلا بملكية حصصه وملكية الأموال الطارئة كما يجعله مستقلا بمنفعة حصص الزوجة ، وعلى ذلك لا يكون للزوجة حق في ربح أو أن تطالب بشئ من ذلك ما بقيت الزوجية قائمة .

هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى يقلر دين الربح بالقيمة التي يسفر عنها حساب التصفية عند انتهاء نظام اتحاد الأموال . فلو فرض أن التصفية استغرقت وقتا طويلا فلا ينبغي أن تقلر عناصر الحساب الا بقيمتها في وقت انتهاء النظام لا عند الحصول على نتيجة التصفية .

وأهم ما يلاحظ في نظام اتحاد الأموال أنه لا يتضمن اطلاقا فكرة مشاركة في مال من أموال الزوجية فمن ناحية الحقوق العينية لا توجد في هذا النظام الا أموال مملوكة للزوجة وأموال مملوكة للزوج وحق انتفاع يتمتع به الزوج وحده . وفيما يتعلق بالحقوق الشخصية أو الديون لا يكون للزوجة الا مجرد دين بنصيبها في الربح عند تصفية النظام وكذلك ديون تعويضية تثقل ذمة الزوج .

وقد يكون غريباً أن يتولد حق الزوجة في الربح عند انتهاء النظام . ولكن يجب أن يلاحظ أن مصدر هذا الحق هو نص القانون وان الاتفاق قد يعدل في مده وقد يؤدي الى انعدامه ولكنه متى وجد سواء بحكم اعراض الزوجين عن اختيار نظام لاموال الزوجية ، او بحكم تعديلها لنظام الأرباح ، فهو يستند دائماً الى نص القانون ولا يولد الا في الوقت الذي يعينه القانون وهو الوقت الذي ينتهى فيه الاتحاد ، شأنه من هذا الوجه شأن دين الضريبة ، فهذا الدين لا يولد ابتداء من السنة المالية التي تستحق عنها الضريبة ، ولكنه يولد بانقضاء هذه السنة ولا يكون مستحق الاداء الا بصور الورد النهائي .

المبحث الثاني

في نظام الاشتراك في الأموال

يعتبر نظام الاشتراك في الأموال نظاماً قليل التطبيق في سويسرا ، والاشترراك لا يقرر إلا بمقتضى مشاركة تتبع فيها الاجراءات المتعلقة بمشاركات أموال الزوجية . وتحدد المشاركة الأموال التي تدخل في نطاق الاشتراك ، فإن سكنت كانت الأموال المشتركة تتناول جميع حصص الزوجية ولا تخرج من هذه الأموال الا ما يعتبر مالا محتفظاً به للزوج أو للزوجة .

وستتناول فيما يلي طبيعة الحق في الأموال المشتركة ، وكيفية التصرف فيها ، وادارتها ، ومدى مسئوليتها عن الديون .

(١) طبيعة الحق في الأموال المشتركة :

يعتبر المال المشترك مملوكاً ملكية يد مشتركة على النحو المقرر في القانون السويسرى ، وهذه الملكية تختلف عن الملكية على الشيوع ، إذ أن المالك على الشيوع يملك ملكية مفرزة النصيب الشائع أو حصته المعنوية ، أما في ملكية اليد المشتركة فحق المالك يستقر في يد الشريكين معاً . وقد أشرنا من قبل الى ما بين الملكية المشتركة وما بين الشيوع من فوارق .

(ب) الادارة والتصرف :

يعتبر الزوج أو الزوجة ممثلا للاشتراك في الحدود التي يقرها القانون أو الاتفاق ، ويكون كل منهما في حدود تمثيله للاشتراك أن يتولى أعمال الادارة . والأصل كما قدمنا أن الزوج هو الذي يمثل الأموال المشتركة ، أما نيابة الزوجة فتتخصص في حدود ضيقة سبقت الإشارة إليها من قبل ، ولهذا تكون القاعدة أن الزوج هو الذي يتولى الادارة في الأصل ولا يكون للزوجة حق الادارة في حدود تمثيلها للاشتراك أى في الحدود التي تقدم ذكرها في صدد اتحاد الأموال ، أما فيما يتعلق بحق التصرف فقد تمشى القانون السويسرى مع فكرته في تكييف الحق في المال المشترك واعتباره ملكية يد مشتركة ، ولهذا أجاز للزوج أن يتصرف في المال المشترك ، ولكن بموافقة الزوجة . كما أنه أجاز للزوجة أن تتصرف في المال المشترك ولكن بموافقة الزوج .

وحاصل هذا البيان أن لكل من الزوجين أن يتصرف في المال المشترك ، لكن بموافقة الزوج الآخر .

(ج) المسؤولية عن الديون :

يسأل المال المشترك عن ديون الزوج كما يسأل عن ديون الزوجة ، ويسأل الزوج في أمواله الخاصة عن ديون المال المشترك .

يبين مما تقدم أن نظام الاشتراك في القانون السويسرى يكاد مماثل نظيره في القانون الفرنسى ، ولكن توجد بين النظامين فوارق لا يجوز الانتقاص من قيمتها ، ومضى انتهى هذا النظام اما من طريق إنهاء الزوجية أو انحلال رابطها أو من طريق الاتفاق على إنهاء نظام الاشتراك صفيت الأموال المشتركة ، لكن تختلف التصفية في هذه الحالة عن تصفية أموال الاتحاد ، ففي الاتحاد يسترد كل من الزوجين حصصه ، أما في الاشتراك فالمال المشترك هو الذى يقسم بين الزوجين على أساس أن لكل منهما حقا فيه أى حق في رقبته ، ولهذا تفتى ذاتية الحصص ، إذ أن الاشتراك ينشئ بين الزوجين في حدود المال المشترك وحدة اقتصادية ووحدة قانونية في آن واحد . معنى أن ملكية الحصص تستحيل من ملكية فردية إلى ملكية يد مشتركة ولهذا يجب أن تم القسمة على أساس وجود هذا النوع الأخير من الملكية .

ثم إنه يلاحظ من ناحية أخرى أن الأصل أن تتم قسمة الأموال المشتركة، سواء منها ما كان قائماً وقت ابتداء الزوجية وما كان منها قائماً وقت إنهاء نظام الاشتراك مناصفة بين الزوجين، إلا أن ينص نظام الأموال في مشاركة إنشائه على تعديل في تلك النسبة. ومع ذلك فقد احتاط المشرع واحتفظ في حالة الموت لورثة الزوج المتوفى بالرجح في الأموال المشتركة، وفي أكثر الأحيان يضع الزوجان نظاماً خاصاً في مشاركة أموال الزوجية يواجه كيفية التقسيم ويتناول من طريق غير مباشر ذلك التحفظ الخاص بإثبات حق الورثة في ملكية ريع الأموال المشتركة.

وقد عرض على القضاء السويسري فيما يتعلق بحق الزوجين في تعديل الأنصبة تعديلاً يتناول من طريق غير مباشر الاحتفاظ بالرجح المتقدم ذكره. وقد أقر قضاء المحكمة العليا أن الاتفاقات المتقدم ذكرها تنطوي دون شبهة على تعسف في استعمال الحق ولكنه تعسف لا يملك القضاء أن يشرع جزاء له، ويكاد قضاء المحاكم السويسرية في هذه المسألة ينتهي إلى اعتبار حق الزوجين في الاتفاق على تعديل الحصص في نظام الاشتراك حقاً مطلقاً أو حقاً غير مبرر، على حد ما يقول به الفقه الفرنسي عند إخراج بعض الحقوق من نطاق سوء استعمال الحق.

هذه هي القواعد العامة في نظام اشتراك الأموال. ولكن هذا النظام قد يتخذ صوراً أخرى، فأحياناً يتفق على إخراج طائفة جسيمة من الأموال من نطاقه، وأحياناً يتفق على الإبقاء عليه حتى بعد انتهاء الحياة الزوجية. ولهذا وجدت صور متعددة نخص بالذكر منها صورتين:

الأولى: نظام الاشتراك الممتد. والثانية: نظام الاشتراك المقصور على الأموال الطارئة.

(١) الاشتراك الممتد:

لا يعتبر الاشتراك الممتد نظاماً من نظم أموال الزوجية وأنما هو اشتراك يوجد في كنف نظام الاشتراك في الأموال ولكن يستبقه الزوج الباقي على قيد الحياة مع ورثة الزوج الآخر الذي مات، وذلك بإتفاق خاص. ولهذا الاتفاق

فائدة محققة إذ هو يبقى على المال مندجاً في اليد المشتركة لمصلحة العائلة نفسها ، إذ الطبيعي أن ينقضى الاشتراك بموت أحد الزوجين ، وفي هذه الحالة تمّ التصفية وقسمة الأموال بين أصحاب الحق فيها ، أى بين الزوج الباقي على قيد الحياة وورثة الزوج المتوفى ، فإذا رأى الطرفان ألا مصلحة لهما في اجراء هذه التصفية كان لهما بمقتضى اتفاق خاص ، لا يشترط فيه شكل من الاشكال ، أن يتفقوا على إبقاء المشاركة قائمة بينهم ، ولهذا تسمى المشاركة بالمشاركة الممتدة ؛ إذ أن أساسها هو الاشتراك في أموال الزوجية .

وبدسبى أن مثل هذه المشاركة تتحقق حتى في ظل اتحاد الأموال ، فإذا مات أحد الزوجين كان لورثته أن يتفقوا مع الزوج الآخر الباقي على قيد الحياة على إنشاء ملكية مشتركة بحصص هذا الزوج الأخير وحصصهم .

وبلاحظ أن الأموال التي تدخل في الشركة الممتدة هي أموال وريثة الزوج الذي مات إذا أجمعوا على ذلك ، أو أموال من يقبل منهم امتداد المشاركة بالنسبة الى حصته ، ولا بدخل في الشركة الممتدة إلا تلك الأموال ، أما الأموال الطارئة التي تؤول الى أى من الشركاء فلا تدخل في هذه المشاركة .

وتنحل هذه المشاركة انحلالاً كاملاً اذا رغب الزوج الباقي على قيد الحياة في تصفيها أو اذا رغب الورثة في ذلك . كما أن المشاركة تنحل انحلالاً جزئياً اذا رغب أحد الورثة في الخروج منها أو مات أحدهم وآل نصيبه الى الباقيين ، ولغير ذلك من الأسباب المتعلقة بإقضاء المشاركة إنقضاء كاملاً أو جزئياً .

ومضى انقضت المشاركة تمت التصفية ، لا على أساس قيمة الأموال عند انقضاء رباط الزوجية ، ولكن على أساس قيمتها عند تحقق السبب الجديد.

(ب) الاشتراك المقصود على الاموال الطارئة : نصت المادة ٢٣٨ على أن « للزوجين أن يشترطا في مشاركة أموال الزوجية أن تكون الملكية المشتركة قاصرة على الأموال الطارئة . وتعتبر الاموال التي تكتسب ملكيتها أثناء الزواج مكونة للأموال الطارئة وتخضع للقواعد المتعلقة بالاشتراك ، ويستثنى من هذه الاموال ما يتم اكتسابه من طريق الشراء بمال لم يكن من قبيل الاموال الطارئة » . ونصت المادة ٢٤٠ على أن « الربح الذي يكون

قائماً وقت حل الاشتراك يؤول بحق النصف الى كل من الزوجين أو الى وريثهما ، أما الخسارة فتقع على عاتق الزوج أو وريثه ، ما لم يقيم الدليل على أن هذه الخسارة ترجع الى خطأ الزوجة . ويجوز أن ينص في مشاركة أموال الزوجية على طريقة أخرى لتوزيع الربح أو الخسارة .

ومن هذين النصين يبين أن نظام الاشتراك الذي يقتصر على الأموال الطارئة يتميز بميزتين : يتصل أولهما بنطاق الأموال المشتركة . ويتصل الثاني بكيفية القسمة عند انتهاء الاشتراك .

فبالنسبة الى المسألة الأولى يتضح من نص المادة ٢٣٩ أن الاشتراك القاصر على الأموال الطارئة لا يتناول الا كل مال يتم كسبه بعد انعقاد الزواج بسبب يختلف عن الميراث أو التبرع أو الشراء بشئ تم الحصول عليه من طريق بيع مال لا يدخل في نطاق الأموال الطارئة .

ولكن يلاحظ أن اقتصار نطاق النظام على الأموال الطارئة وحدها لا يمكن أن يتم الا بمقتضى نص خاص في مشاركة أموال الزوجية ، فان لم يتفق الطرفان على ذلك في المشاركة كان عقدهما مجرد اشتراك عام في الأموال ، وهذا الاشتراك العام يخضع للقواعد التي تقدم ذكرها في نظام الاشتراك من قبل .

ويلاحظ دائماً أن انتصار الاشتراك على الأموال الطارئة لا يعنى أن المال الطارئ يكون نتيجة لعمل الزوجين بل مثل هذا الملل الطارئ يتوافر من طريق الاقتصاد في النفقات ، فمثل هذا المال المقتصد هو الذي ينحصر عادة لاقتناء الأموال الطارئة . ولهذا يقال أن للزوجين أجرهما في اقتناء الأموال الطارئة ، فلولاً تعاونهما على الاقتصاد لما اتبج تدبير المال الذى يشتري منه ما يعتبر مالا طارئاً . ولهذا العلة وضع القانون السويسرى قاعدة خاصة باقتسام الربح في الحالة التي يكون فيها نظام الاشتراك مقصوراً على الأموال الطارئة . وهذه هى الناحية الثانية . فإذا وجد ربح عند انتهاء الاشتراك كان هذا الربح من حق الزوج والزوجة مشتركين على قدم المساواة بمعنى أن الزوجين يقتسمان مناصفة هذا الربح فيكون لكل منهما نصفه ويحل

ورثة كل من الزوجين محله في هذه القسمة . فلو فرض مثلا أن انحلال الاشتراك تم بسبب موت الزوج ، ففي هذه الحالة يكون لورثة الزوج الحق في نصف الربح ، ولو فرض أن هذا الانحلال تم بسبب موت الزوجة فيكون لورثة الزوجة الحق في نصف الربح ، باعتبار أنه كان من حق الزوجة أن تحصل عليه فيما لو بقيت على قيد الحياة . ولا يستثنى من قاعدة الاشتراك مناصفة في الربح أن يشترك الزوج الباقي على قيد الحياة في الحصول على نصيب من النصف بوصفه وارثا للزوج الآخر .

• الا أن قاعدة التساوى في اقتسام الربح لا تطبق بالنسبة الى الخسارة ؛ فقبها يتعلق بالخسارة لا يشترك الزوجان مناصفة وإنما يتحمل الزوج وحده عبء الخسارة كاملة دون أن تشركه الزوجة في ذلك .

هذه هي القاعدة العامة ، الا أن القانون يورد استثناء خاصا على هذه القاعدة ، وهذا الاستثناء هو استثناء في المظهر أكثر منه استثناء حقيقيا ، فقد ألزم القانون السويسرى الزوجة بأن تتحمل الخسارة فيها لو أقيم الدليل على أن هذه الخسارة ترجع الى تقصير الزوجة ، كما لو فرض مثلا أن الزوجة تولت استغلال المال فاسفر استغلالها عن خسارة ترجع الى تقريطها . وواضح من عرض القاعدة على هذا الوجه أن الاصل هو وقوع الخسارة على كاهل الزوج ولا تلزم الزوجة بها الا بتوافر أمرين :

أولهما رجوع الخسارة الى تقصير الزوجة ، والثاني اقامة الدليل على أن تقصير الزوجة هو سبب الخسارة فلا يكفى مجرد الادعاء بأن الزوجة قد تسببت في الخسارة بل يجب على من يدعى ذلك أن يتحمل عبء الاثبات ، وعلى هذا النحو يقع عبء الاثبات دائما على الزوج أو ورثته ، متى كان هو أو كان الورثة يرغبون في تحميل الزوجة الخسارة كلها أو نصيب منها . ولا يكفى على أى حال أن يقام الدليل على أن الزوجة كانت تدير المال ، بل يجب أن يقام الدليل على أن تقصيرا معينا وقع من الزوجة وأن هذا التقصير هو الذى نجمت عنه الخسارة . ولهذا السبب يكاد يكون هذا الاستثناء مجرد تطبيق للقواعد العامة في المسئولية عن الفعل الضار .

المبحث الثالث

في نظام فصل الاموال

أفرد القانون المدني السويسرى لنظام فصل الأموال سبع مواد تناول فيها آثار هذا النظام وحقوق الزوجين في الملكية والادارة ، ومسؤوليتهما عن الديون وحقوقهما في ريع أموالهما وفي كسبهما من العمل ، والتزام كل منهما بالاتفاق على شئون الزوجية ، وإلى جانب هذا كله خصصت مادة وحيدة لنظام الباتنة ، فنصت المادة ٢٤٧ على أن للزوجين أن يتفقا في مشاركة أموال الزوجية على أن يكون جزء من أموال الزوجة مرتبا بصفة باتنة لمصلحة الزوج للمعاونة في أعباء الحياة الزوجية ، وتعتبر الأموال التي تترك للزوج على هذا الوجه خاضعة لنظام اتحاد الأموال الا اذا اتفق على غير ذلك .

ومعنى هذا أن المال الذى يرصد للزوج كباتنة يخضع للقواعد المقررة في اتحاد الأموال من حيث جواز التصرف فيه أو عدم جواز ذلك ، ومن حيث تملك الزوج ثماره وتمتعه بحق انتفاع بالنسبة اليه ، ومن حيث اقتسام ما يتصل بهذا المال من ريع ، فكان القانون المدنى السويسرى يتبيب من الاخذ بالقواعد الجامدة التي اتبعها التقنين المدنى الفرنسى في شأن نظام الباتنة ، ولهذا اخضعت الباتنة للقواعد المتعلقة بنظام اتحاد الأموال دون زيادة ، اللهم الا ما يتفق عليه الزوجان في مشاركة أموال الزوجية فيما لو أرادا مخالفة تلك القواعد .

ويبين من ذلك أن نظام الباتنة في سويسرا يعتبر صورة من صور نظم فصل الأموال ، لأن مال الباتنة هو الذى يخضع وحده للقواعد الخاصة بإتحاد الأموال ، أما ماعدا ذلك من الأموال الموجودة والمملوكة لكل من الزوجين فيخضع للقواعد المقررة في نظام فصل الأموال .

ونظام فصل الأموال قد يتبع إبتداء فيما لو اتفق الزوجان على اتباعه بمقتضى مشاركة أموال الزوجية ، ولكنه أيضا قد يطرأ على الزوجين بعد أن يكون قد خضعا لنظام آخر ، ويرجع ذلك اما بسبب اتفاق الزوجين على انهاء نظام زوجية سابق والاستعاضة عنه بنظام فصل الأموال ، وهذا جائز في القانون

السويسرى على خلاف ما رأينا بالنسبة لأحكام القانون الفرنسى ، وأما أن يلجأ أحد الزوجين الى القضاء ليقضى بفصل الأموال ، وقد تقدمت الإشارة الى ذلك ، وأما أن ينص القانون على وقوع الانفصال بقوة القانون كما هو الحال فيما لو أفلس أحد الزوجين وقصرت أمواله عن الوفاء بحقوق دائنيه . ولكن أيا كان وضع نظام الفصل بين الأموال فالقواعد المتعلقة به لا تختلف باختلاف سبب اتباعه ، وهذه القواعد تركز حول مبادئ ثلاثة :

المبدأ الاول : هو استقلال ذمة كل من الزوجين واستقلالهما بتملك أموالهما وما تغل من ثمرات . فكلما وجد نظام انفصال الأموال كان كل من الزوجين مستقلاً بملكية ماله ، يستوى فى ذلك أن يكون المال أصيلاً أم طارئاً ويستقل كذلك كل زوج بتملك ما تغل أمواله من ريع أو دخل ، فهو من هذه الناحية يختلف عن نظام اتحاد الأموال إذ أن هذا النظام الأخير ينحوّل الزوج حق انتفاع بأموال الزوجية بينما لا يؤدى نظام الفصل الى تحويل الزوج أى حق من هذا القبيل . إلا أن هذا الفصل فى الملكية والانتفاع عادة يستتبع عادة فصلاً فى الإدارة أيضاً ، ولهذا يكون لكل من الزوجين أن يستقل بإدارة أمواله ، والاستقلال بالإدارة يعتبر نتيجة للاستقلال بالانتفاع . على أن الإعتبارات العملية تجعل نظام الفصل الكامل من الناحية التطبيقية نظاماً يعسر تطبيقه تطبيقاً دقيقاً ، ففى كثير من الحالات تعهد الزوجة الى زوجها بإدارة مالها ، ولهذا رأى واضع القانون السويسرى أن ينظم الصورة التى تعهد فيها الزوجة الى الزوج بالإدارة ، فوضع فى هذا الشأن حكماًين لهما أهمية عملية بالغة :

أولهما : أنه لا يجوز للزوجة أن تتنازل تنازلاً صحيحاً عن حقها فى استعادة إدارة مالها فيما لو عهدت بهذه الإدارة الى زوجها أيا كان الوقت الذى تسرد فيه الزوجة حقها فى الإدارة . ذلك أن القانون السويسرى طبق على الزوج فى هذه الحالة قواعد الوكالة وجعل للموكل أى الزوجة أن يعزل وكيله فى أى وقت شاء ، فالواقع أن الأصل فى الوكالة أن يكون للموكل حق عزل الوكيل إلا اذا كانت الوكالة لمصلحة الوكيل أو لمصلحة الغير . ولكن القانون فى ظل نظام فصل الأموال نرى احتمال تطبيق فكرة صرف الوكالة لمصلحة الوكيل فلم يجعل من إدارة الزوج لأموال الزوجة مصدراً لكسب مادى للزوج أو فرصة

لتحقيق مصلحة تتعلق به . فما دام أن الزوجين قد اختارا نظام الفصل ، فمن الواجب أن يكون لكل منهما حقه الكامل في أن يستقل بملكيته ماله والانتفاع به وإدارته ، ولهذا عني المشرع بالنص صراحة على عدم جواز تنازل الزوجة عن حقه في استرداد إدارة أموالها في أى وقت نشأ فيها لوعهدت بالإدارة الى الزوج ، وهذا النص يتضمن في جانب منه تطبيقاً للقواعد العامة في الوكالة ، وفي جانب آخر حماية للمرأة المتزوجة من أن يفرض تنازلها عن حق الإدارة الى تحويل الزوج حق انتفاع بالمال دون أن يوجد تنظيم لكيفية حصول الزوجة على نصيب من ربح أو عائدات هذه الإدارة .

وثانيهما : حكم يتعلق بالحساب ، فقد نص القانون السويسرى صراحة على أنه اذا عهدت الزوجة بإدارة أموالها الى الزوج كان من المفروض أنها تتنازل عن مطالبتها بالحساب أى بتقديم حساب أثناء قيام الزوجية وأنها كذلك ترك له إيراد هذه الاموال جميعه للاتفاق منه على شئون الزوجية . ويبين من ذلك أن القانون أقام قرينة على اتفاق الزوجة على اعفاء الزوج من تقديم الحساب وعلى الزوج يقوم باتفاق الريع في شئون الزوجية . فنطبق تكليف الزوجة للزوج بإدارة الأموال يقتضى قيام هذه القرينة ، ولكن الأمر لا يعدو قرينة متعلقة بالنظام العام بمعنى أن الزوجين أن يتفقا على تكليف الزوج بتقديم حساب ، كما أن لهما أن يتفقا على أن يخصص الزوج نصيبا معينا من إيراد أموال الزوجية للاتفاق على شئون الزوجية وان كان من النادر ان يتم اتفاق من هذا القبيل .

أما المبدأ الثانى : فهو يتعلق بمسئولية كل من الزوجين عن الديون ، وقد عرض القانون المدنى السويسرى لهذه المسئولية في نصين فقرر في المادة ٢٤٣ بأن « الزوج يسأل شخصيا عن ديونه السابقة على الزواج وعن الديون التى تعقد أثناء الزواج ، تستوى في ذلك أن تكون هذه الديون قد عقدت من الزوج نفسه أو من الزوجة بوصفها ممثلة لاتحاد الزوجية أى للمرأة وتلزم الزوجة بديونها السابقة على الزواج وبالديون الشخصية التى تنشأ على عاتقها أثناء الزوجية ، وتلزم الزوجة في حالة اعسار الزوج بالديون التى يعقدها هو أو تعقدها هى للاتفاق على الشئون المنزلية » . ومن هذا النص

بين أن كلا من الزوجين مستقل بالمسئولية عن ديونه السابقة على الزواج . أما الديون اللاحقة للزواج فيسأل عنها الزوج متى عقدها هو أو متى عقدتها الزوجة بوصفها ممثلة للأسرة ، ولا يستثنى من مسئولية الزوج عن هذا النوع الاخير من الديون أى الديون المتعلقة بالانفاق على شئون الزوجة الا الحالة التى يكون فيها الزوج معسرا ، وفيها تلزم الزوجة بأداء هذه الديون سواء عقدتها هى أم عقدها الزوج .

وفيما عدا الامتناء الاخير لا تسأل الزوجة الا عن ديونها الشخصية التى تعقدها بعد الزواج .

فخلاصة القاعدة الأولى اذن أن كلا من الزوجين مستقل بتحمل ديونه ، أما ديون الشئون المنزلية فيتحملها الزوج فى الاصل ولا تتحملها الزوجة الا اذا كان الزوج معسرا .

وتنص المادة ٢٤٤ على أنه « لا يجوز للزوجة أن تطالب بحق امتياز فى قفليسة الزوج أو بمناسبة توقيع أى حجز عليه حتى ولو كانت قد عهدت اليه ادارة أموالها ، وذلك كله دون اخلال بالحقوق المتعلقة بالبانة » . والواقع أن هذا النص يقرر النتيجة المنطقية لمبدأ استقلال كل من الزوجين فى ملكية ماله ، وفى ادارة المال والانتفاع منه . فليس للزوجة أن تطالب بامتياز على أموال زوجها بالنسبة الى الدائنين الآخرين .

والمبدأ الثالث : يتعلق بالانفاق على الشئون المنزلية . فقد نصت المادة ٢٤٦ على أن « للزوج أن يطالب الزوجة بالمساهمة بنصيب عادل فى أعباء الانفاق المنزلية ، واذا حصل خلاف بالنسبة الى هذه المساهمة كان لكل من الزوجين أن يطلب الى السلطة المختصة تحديد المساهمة التى يرغب فيها » ، ولا يلزم الزوج أن يؤدي فى مقابل ما تقوم به الزوجة من أفعال فى الشئون المنزلية أى مال »

وعلى هذا الوجه حدد التقنين السويسرى موقف كل من الزوجين بالنسبة للأعباء العائلية فى ظل نظام انفصال الاموال فالزوج هو المكرم أصلا بالانفاق ، ولكن يجوز للزوج أن يطالب الزوجة بأداء نصيب عادل

في النفقات ، فان اثير خلاف في هذا الشأن تولى القضاء أمر تعيين هذا النصيب ، والزوجة من ناحيتها ملزمة بأن تؤدي كل ما يقتضيه القيام على الشؤون المنزلية من أعمال وهي تؤدي هذه الاعمال دون أن يلزم الزوج بأن يؤديها في مقابل ذلك .

والخلاصة : اذن أن نظام فصل الاموال هو نظام يكفل لكل من الزوجين استقلالاً في ماله من حيث الملكية والادارة والانتفاع ، ويكفل مساواة كل من الزوجين عن ديونه كاملة ، الا أن ديون الشؤون المنزلية تقع على كاهل الزوج ولا تسأل الزوجة عنها الا استثناء في حالة اعسار زوجها .

وكل ما هنالك أن أحكام الوكالة فيما يتعلق بادارة الزوج لأموال زوجته فيما لو عهدت الزوجة الى زوجها بذلك تتخذ صورة خاصة يباح في ظلها الاعفاء من تقديم الحساب تأسيساً على فكرة أخرى هي افتراض الزوج على الشؤون المنزلية من ريع الادارة .

والواقع أن الاعفاء من تقديم الحساب مقصور لذاته باعتبار أنه وسيلة من وسائل اقامة السلام العائلي اذ الأصل أن الوكيل لا يعنى اطلاقاً من تقديم الحساب .

القسم الثاني

في أحكام القانون المصري

كان الفقه وقضاء المحاكم المختلطة يقرران في غير احترام قبل الغاء الامتيازات الأجنبية أن مصر لا يوجد فيها قانون موحد للأحوال الشخصية وأن نظام أموال الزوجية لا توجد له قواعد في القانون المصري ، ولكن هذه المقدمة ليست صحيحة على الإطلاق ذلك أن الشريعة الإسلامية تعتبر القانون ذا الولاية العامة في شأن الزواج ، وهذا القانون ينظم العلاقات المالية بين الزوجين وان كان هذا التنظيم يرجع إلى فكرة فصل الأموال ، ثم ان الطوائف المصرية غير الإسلامية ما زال تخضع عند اتحاد الملل لشرائعها ولا يقصد بهذه الشرائع في نطاق الزواج ما هو من الدين فحسب وانما يقصد بذلك أولا وقبل كل شيء ما استقر من عرف بين المتدين الى الطوائف المتقدم ذكرها ، يستوى في ذلك أن يكون عرفا فتنه المحامع الدينية أو أن يكون عرفا جرى عليه العمل دون أن يتناوله التقنين . والمهم في شرائع الطوائف غير الإسلامية أن هذه الشرائع قد استقرت في مجموعها على الاخذ بنظام انفصال الأموال تمشيا مع قواعد الشريعة الإسلامية فيها خلا طوائف قليلة قرنت بنظام فصل الأموال صورة من صور نظام البائنة .

ويبين من ذلك أن النظام المقرر في مصر هو نظام فصل الأموال بالنسبة إلى المصريين مهما اختلفت أو تباينت عقائدهم ومذاهبهم . الا أن في مصر أجناب يخضعون لقوانينهم وفقا لقواعد الاسناد المصرية وقد نصت المادة ١٣ من القانون المدني الجديد على أن يسرى قانون الدولة التي ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة إلى المال .

والواقع أنه أيا كان ما يخالف هذا النص من عموض أو مجاوزة لحدود الدقة ، فمن المقرر فقها وقضاء أن قانون الزواج وقت انعقاد الزواج هو الذى يسرى في شأن النظام المالى بين الزوجين .

ومصدر الصعوبة في تفسير نص المادة ١٣ أو في صياغتها أنها تخضع آثار عقد الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة الى المال للقانون الذى عينته ، وهى بهذا تتحدث عن عقد الزواج لاعن مشاركة أموال الزوجية ، وكان من الواجب أن تكون الصياغة أوضح وأن يفرد النظام المالى بين الزوجين بنص خاص ، ولكن الواقع أن واضعى النص أرادوا منه أن ينصرف الى الآثار المالية جميعا سواء منها الالتزام بالنفقة أم النظام المالى بين الزوجين ، وقد استقر القضاء على هذا التفسير وقضت بذلك محكمة استئناف القاهرة ومحكمة استئناف الاسكندرية في أبريل سنة ١٩٥٥

وعلى هذا النحو اتبعت الأحكام المقررة في قانون جنسية الزوج في شأن العلاقات المالية بين الزوجين ، ولكن النظام المالى بين الزوجين يرتب نوعين من الآثار أو العلاقات المالية :

النوع الأول: الآثار أو العلاقات المالية التى تقتصر على الزوجين وحدهما ، وفى حدود هذا النوع لا توجد صعوبة فى التطبيق .

أما النوع الثانى : فهو الآثار التى تتعلق بترتيب حقوق عينية أو بالتأثير فى حقوق الدائنين . وهذا النوع الثانى لا يمكن التسليم بسرمان القانون الشخصى فى شأنه وانما يرجع الى التكييف والى القانون المصرى فى شأنه كلما عرضت مسألة بذاتها .

وعلى هذا النحو يكون من المفيد أن نعرض فى هذا القسم الثانى :

أولا : لقواعد القانون المصرى .

وثانيا : لتحديد مفهوم قواعد الاسناد المصرية فيما يتعلق بتطبيق النظم المالية للازواج فى مصر .

القسم الثاني

الباب الأول

في قواعد القانون المصرى

المبدأ المقرر في مصر أن هناك انفصالا كاملا بين ذمة الزوج وذمة الزوجة ومن أجل ذلك استقر في الأذهان أن مصر لا يوجد فيها بوجه عام نظام لأموال الزوجية ، ولكن هذه النظرة لا تمدو أن تكون نظرة سطحية ، فمعيشة الزوجين في اسرة واحدة واتصال الحياة المشتركة بينهما يستتبعان وجود علاقات مالية ووجود أحكام تتعلق بأموال الزوجية ، وهذه العلاقات وتلك الأحكام هي التي يتكون منها نظام الأموال بين الزوجين .

وإذا كانت الأحكام المتعلقة بأموال الزوجين مبعثرة في أعطاف القوانين المختلفة ، ففترق هذه الأحكام لا يبنى أنها تتواصل فيما بينها وتتكامل لتكون نظاما ينبغي أن يكون في الوقت الحاضر محلا لاستقصاء دقيق ، بل وينبغي أن يكون هذا الاستقصاء ممتدا الى البحث في احتمال الاتفاق بمقتضى عقود خاصة على تنظيم العلاقات المالية بين الزوجين ومدى صحة هذا الاتفاق .

ففي الشريعة الاسلامية مثلا توجد قرائن تتعلق بتعيين من يثبت له حق الملك في المال من الزوجين ، وقد جرى القضاء على تطبيق هذه القرائن فقضى بأن الأصل في المال الموجود بمنزل الزوجية أن يكون مملوكا للزوجة فيها عدا مايكون وقفا على استعمال الرجال . وقضى من ناحية أخرى بأن مايكون من الامتعة المنزلية وقفا على استعمال السيدات يعتبر مملوكا للزوجة ، بيد أن القرينة في الحالتين تعتبر من قبيل القرائن البسيطة التي يجوز أن يقام الدليل على عكسها .

هذه ناحية أولى تقرررت على أساس آراء الفقهاء ، وهي آراء اقيمت على أساس العرف الجارى لا على أساس اتباع أو انشاء تنظيم معين لأموال الزوجية .

ومن ناحية أخرى انجبت بعض مذاهب الفقه الاسلامى الى حرمان الزوجة من ميراث العقار وبذلك قصر حقها على أن ترث فى المقول وحده، وإذا كان ظاهر هذا الحكم مجرد تنظيم الارث الا أنه فى الحقيقة يتعلق بالنظام المالى بين الزوجين اذ العلة التى أقيم عليها هذا الحكم تنحصر فى خشية هذا الفريق من الفقهاء من أن ترث الزوجة فى العقارات ثم تزوج فيما بعد وبذلك تدخل شريكا أجنبيا يتولى فعلا ادارة نصيبها وبذلك يفتنى الانسجام المقروض بين الشركاء ، ومن الواضح أن ارتياب الفقهاء الذين رأوا حرمان المرأة من الميراث فى العقار بغير نص يبنى على الغالب الشائع فى البيئة متى وجدوا فيها، وقوام هذا الغالب ماجرى به العرف من استقلال الزوج عادة ، بادارة أموال الزوجة واستغلال هذه الأموال .

الا أن ذلك رأى لم يقرره إلا قليل من الفقهاء وهو على أى حال غير متبع فى المذاهب الأربعة الأصلية وإنما اتبع فى بعض مذاهب الشيعة .

هذا وذهب بعض فقهاء المالكية الى وجوب حصول الزوجة على إذن من الزوج للتصرف فى أموالها رغم أن الشريعة الإسلامية لا تعرف نظام تقييد أهلية المرأة المتزوجة ورغم أن نصاً من نصوص الكتاب أو السنة لم يرد فى مثل هذا التقييد .

يبد أن الظاهر أن رأى هذا الفريق من الفقهاء رغم ندرته وقلة المؤيدين له قد صدر عن اعتبار علمى هو وجوب تشاور الزوجين فيما يتعلق بمستقبل أموالهما ، ومن المفهوم أن يتجه التفكير الى هذه الناحية متى روى أن رباط الزوجية وإن تعلق بالناحية الروحية أولاً الا أن للجانب المالى فيه أثرأ قد يؤثر على اتصال التضام الروحى .

ورغم أن هذا رأى يكاد يكون مجهولاً ، إلا أنه يكشف عن عناية فريق من فقهاء المسلمين بتحرى حقائق الواقع فى نطاق الحياة الزوجية ، فإذا كان الأصل أن للزوجة حرية كاملة للتصرف فى مالها الا أن من المفهوم أن التصرف قد يؤدى الى إفقار العائلة أو الاضرار بمصالح الأسرة أو الى الاضرار بمصالح الزوج نفسه . ولذلك قد يكون منطقياً أن تستشير الزوجة زوجها قبل إجراء

التصرف ، فإن وافق وطابت نفسه له كان أدعى الى الإبقاء على سلام العائلة ، وإن رفض وتصرفت الزوجة رغم هذا الرفض أدى ذلك وجود خلاف بين الزوجين قد يستحكم وينتهي بالفرقة بينهما .. واتقاء لهذا الاحتمال الثاني رأيت تلك القلة من الفقهاء أن تقيد الزوجة بوجوب الحصول على إذن بالتصرف من طريق الاجتهاد والبحث تمشياً مع ضرورة الإبقاء على الوثام بين الزوجين دون استناد الى أى من نصوص التشريع .

ومن كل ما تقدم يبين أن الشريعة الإسلامية درجت على نظام الفصل الكامل بين أموال الزوجين وقد اقتضى هذا الفصل استقلال كل من الزوجين ملكية ماله واستقلال كل من الزوجين بإدارة ماله واستقلال كل من الزوجين بالتصرف في ماله . ولم يبدر من الفقه الإسلامى اتجاه الى الحد من جود القواعد الثلاث المتقدم ذكرها إلا فى حدود ضيقة وفى خطى مترددة يساورها الكثير من الهيب والحياء .

وإذا كان موقف الشريعة الإسلامية لم يتطور فى شأن نظام الأموال بين الزوجين ، فقد جدت عوامل من الواقع تبرر التفكير فى الأخذ بمثل هذا النظام ، أولاً من طريق تنمية العرف المنظم على الأقل فى الطبقات التى تتولى السبق الى التنظيم ، ومن اخفق أن مثل هذا العرف يستقر دون عناء فى أحكام التشريع فيما لو وضحت معاملة وتحددت تفاصيله .

هذا ويلاحظ من ناحية أخرى أن القانون المدنى تضمن أحكام متفرقة ، فجعل الزوجية مانعاً من موانع الرجوع فى الهبة ، وجعل رابطة الزوجية مانعاً من موانع الحصول على كتابة فيما لو تحقق أن هذا هو الواقع بين الزوجين . واعتبر فوق ذلك الحيازة غير الواضحة أى التى يشوبها الغموض غير مقضية الى التملك ، ولذلك تكون الحيازة بين الزوجين غير موفرة لشرط الوضوح باعتبار صلتها المتبادلة . بل واعتبر من طريق غير مباشر الزوجية مانع من موانع سريان التقادم . فنص على أن التقادم لا يسرى كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ، ولو كان المانع أدبياً . بل واعتبر أن النيابة مانعة من سريان التقادم بين النائب والأصيل ومن المحقق أن الزوج قد يقوم بالنيابة عن زوجته كما أن الزوجة قد تنوب عن الزوج ، وفى كلتا الحالتين اعتبر القانون قيام النيابة مانعاً من موانع سريان التقادم .

وهذه القواعد التي قررها القانون المدني قد تنطوي الى حد بعيد على موانع تحول دون اجتهاد القضاء في تهذيب نظام لأموال الزوجية ، فالقضاء يقف من علاقات الزوجية موقفا يجب أن يراعى فيه ما لهذه العلاقات من طابع خاص، ولكن اطلاق النصوص لا ييسر له ذلك في جميع الحالات ، ولهذا السبب ما تزال الاحكام متجهة بوجه عام الى تطبيق قواعد القانون المدني على النظام المالي فيما بين الزوجين دون تحفظ الا في القليل النادر من الحالات ، وستناول ما يلي :

ملكية كل من الزوجين ، وحق الادارة ، واخيرا حق التصرف .

(أولا) الملكية : يستقل الآن كل من الزوجين بتملك ما يكون لديه من مال قبل الزواج ويستقل كذلك بتملك كل ما يؤول اليه من مال بعقد من عقود المعاوضة أو بعقد من عقود الهبات . وكل ما هنالك أن العرف جرى على النحو الذي تقدمت الاشارة اليه بأن ما يكون موجودا في منزل الزوجية يعتبر في الاصل مملوكا للزوجة الا اذا قام الدليل على غير ذلك . ويجرى العمل عادة على اعداد قائمة مجرد أمتعة منزل الزوجية واشتمال هذه القائمة على كل ما يكون مستعملا في هذا المنزل وعلى الاقرار بأن ما ورد في القائمة هو ملك للزوجة ، وهذه القوائم شائعة الاستعمال في دعاوى الاسترداد . وقد جرى القضاء على اعتمادها باعتبار أنها تؤيد القرينة التي أشرنا اليها من قبل حتى بالنسبة الى الغير .

هذا وتعتبر القرينة المتقدم ذكرها من قبيل القرائن البسيطة ، والعلة في ذلك أن الزوجة لا تلزم باحضار جهاز معها في منزل الزوجية . وقد نصت المادة ١١٢ من مجموعة قلدرى باشا المعروفة باسم الاحكام الشرعية في الاحوال الشخصية على أن « المال ليس بمقصود في النكاح فلا تجبر المرأة على تجهيز نفسها من مهرها ولا من غيره ولا يجبر أبوها على تجهيزها من ماله فلوزفت بجهاز قليل لا يليق بالذي دفعه الزوج أو بلا جهاز أصلا فليس له مطالبتها ولا مطالبة ابنها بشئ منه ولا تنقيص شئ من مقدار المهر الذي تراضيا عليه ، وإن بالغ الزوج في بذله رغبة في كثرة الجهاز » . ويتضح من ذلك أنه ليس بممتنع عملا ولا قانونا أن ترف

الزوجة بدون جهاز وان كان العرف قد جرى على غير ذلك ، ولهذا يستطيع الزوج أن يثبت بجميع طرق الاثبات أن الزوجة لم تأت بجهاز وأن ائتمته المنزل ملك له . ولغير كذلك أن يثبت ما تقدم اذا توافرت لديه الأدلة أو البيانات .

ومؤدى ما تقدم أن الزوجة تملك المهر باعتباره مقابلا ماليا للزوج ، ولا صلة بين تملك الزوجة للمهر ومسألة جهاز الزوجة ، فالجهاز أمر جرى به العرف ولكنه متروك لمحضر خيار الزوجة ان أتت به فهو ملكها وأن لم تأت بشئ فلا سبيل للزوج عليها . وهذه القاعدة هي التي كانت أساسا للعرف الخاص بالقرائن المتعلقة بملكية الائتمنة المنزلية .

الا أنه قد يقع أثناء قيام الزوجية أن يحدد الزوج الائتمنة المنزلية أو أن يضيف عليها قدرا كبيرا ، فهل يكون للزوجة في مثل هذه الحالة أن تدعى ملكية ما تجدد أو جد ؟ لا يوجد عرف بالنسبة الى هذه المسألة ، ومقتضى إطلاق مبدأ استقلال كل من الزوجين بملكه أن يعتبر الزوج مالكا لكل جديد أتى به ومبدأ الآراء على حساب الغير في اطلاقه يجعل للزوج حقا في اقتضاء مقابل التجديد ان كان قد جدد شيئا من أئتمنة الزوجية ، الا أن المبدأين لا يطبقان في اطلاقهما من الناحية العملية فقاعدة الآراء على حساب الغير لا يطرد تطبيقها حيث يحصل المفتقر على فائدة من الثراء الذي تحقق للغير والزوج عندما يقوم بتجديد الائتمنة لا يفعل ذلك لمصلحة الزوجة وحدها وانما ينتفع هو مما أنفق ، وقد يكون انفاقه هو الغرض الأساسى من الانفاق ، ولهذا لا يكون للزوج أن يرجع على الزوجة بنفقات التجديد ان كان الجهاز مملوكا لها ، وهو لا يرجع عليها من باب أولى ان كان الجهاز له هو .

وفضلا عما تقدم فان المبدأ الثانى لا يطبق على اطلاقه ؛ فقد يضيف الزوج الى الائتمنة المنزلية قدرا كبيرا ويقصد من ذلك الى ايثار الزوجة بتلك الائتمنة الجديدة على سبيل التبرع ، والمسألة هنا تثير اشكالين : أولهما هو اقامة الدليل على انصراف نية الزوج الى التبرع ، والثانى هو الاشكال الخاص بتحقيق معنى القبض فى هبة المنقول فيما لو تكن الهبة رسمية .

والأصل فيما يتعلق بالاثبات بين الزوجين أن الزوجية تعتبر مانعا من موانع الحصول على كتابة إذا كان مسلك الزوجين مؤكدا لذلك ، ومع هذا فالاعفاء من الكتابة يتعلق بالحقوق الشخصية أو الالتزامات ، وقد يستدل على ذلك بورود القواعد المتعلقة بالاثبات في القسم الخاص بالالتزامات أما بالنسبة الى الحقوق العينية فقد يكون في اعتبار قيام الزوجية مانعا من الحصول على كتابة محلا للنظر ، ولكن الواقع يخالف ذلك فن يهب منقولاً يلتزم بنقل حق عيني على سبيل التبرع . وعلى هذا الوضع يوجد دائماً التزام باعطاء في أساس كل ترتيب تعاقدى لحق عيني ؛ وهذا الالتزام هو الذى يتناول الاعفاء من الدليل الكتابي كلما بررت رابطة الزوجية ذلك .

أما مشكلة القبض بالنسبة الى هبة المنقول فهي على جانب كبير من الدقة لان اشتراك الزوجية في معيشة واحدة ينفي القطع بحيازة أحدهما للمال الذى يشتركان في استعماله ، والمقصود بالقبض خروج المال من حيازة الواهب وتسلم الموهوب له لهذا المال على وجه يتأكد معه استثنائه به ويتأكد معه انصراف القصد الى تنجيز التصرف على وجه بات .

ولإزاء هذه الصعوبة التى ترجع الى شيوع الحيازة بين الزوجين وضع فقهاء الشريعة الاسلامية قرأناً عملية يرجع اليها عند الخلاف ، وقد أحلت المادتان ١١٨ و ١١٩ من مجموعة قدرى تلك القرائن فقررت المادة ١١٨ أنه « اذا اختلف الزوجان حال قيام النكاح أو بعد الفرقة فى متاع موضوع بالبيت الذى يسكنان فيه سواء كان ملك الزوج أو ملك الزوجة ، فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة الا أن يقيم الزوج البيته ، وما يصلح للرجال أو يكون صالحاً لهما معا فهو للزوج ما لم تقم المرأة البيته ، وأيهما أقامها قبلت منه وقضى له بها ولو كان المتاع المتنازع فيه مما يصلح لصاحبه ، وما كان من البضائع التجارية فهو لمن يتعاطى التجارة منهما . » ومؤدى القاعدة المتقدمة أن الزوجة تعتبر حائزة لما يصلح لاستعمالها ، ولهذا لا يكون للزوج أو لوارثته أن ينازع الزوجة فى قبض ما تكون قد تلقت من زوجها من تبرعات من هذا القبيل كالمصوغات والامثلة التى يكون استعمالها وقفا على السيدات وحدهن كأواني القصور وما الى ذلك .

أما ما عدا ذلك من الأمتعة فالقرينة فيه قائمة لمصلحة الزوج ، اذ يفترض فيه أنه جائز لكل ما يصلح لاستعمال الرجال ولكل ما عدا ذلك مما يصلح لاستعمال الزوجين معا ، وبدسهي أن القرينة فيما يتعلق بالبضائع تعتبر لمصلحة من يتعاطى التجارة ، اذ يفترض فيه أنه حائز للبضاعة ، ويجوز أن يقاس على ذلك كل ما يتعلق بالأدوات الخاصة بالصناعات والحرف ، فهذه الأدوات يفترض أنها مملوكة لمن يباشر من الزوجين الصناعة أو الحرفة .

أما المادة ١١٩ فلم تبق على القرينة التي تقدمت الإشارة إليها في شأن الحياة ، اذ وضعت حكما آخر يواجه حالة النزاع بين الزوج الباقي على الحياة وورثة الزوج الآخر فقضت بأنه « اذا مات أحد الزوجين ووقع النزاع في متاع البيت بين الحي وورثة الميت فالمشكل الذي يصلح للرجل والمرأة يكون للحي منهما عند عدم البينة » . والظاهر أن فقهاء الشريعة لم يردوا طرد القاعدة العامة بالنسبة الى نزاع الورثة مع الزوج الباقي على قيد الحياة وأرادوا أن يكفلوا الإبقاء على الامتعة المنزلية ما أمكن للزوج الباقي على قيد الحياة تمشيا مع الاعتبارات العملية التي تغرى بإبقاء المنزل ومتاعه للحي من الزوجين بحكم معيشته فيه من قبل . ولهذا يبدو على القاعدتين الواردين في المادتين ١١٨ و ١١٩ بعض التناقض ولو أن هذا التناقض يستند الى اعتبارات عملية لا يجوز الشك في وجاهتها .

وخلاصة ما تقدم إذن أن القرينة الخاصة بالحياة التي يمكن أن يستخلص منها القبض تقوم على أساس افتراض حياة الزوجة لما يصلح لها ولما يتعلق بتجارها أو صناعتها أو حرفتها من أمتعة وحياة الزوج لما عدا ذلك ، ويستثنى من القرينة المتقدمة الحالة التي ينشأ فيها النزاع بين وريثة من مات من الزوجين والزوج الباقي على قيد الحياة فأيا كان جنس هذا الزوج يفترض فيه عند عدم البينة أنه الحائز والمالك لكل ما عدا ما يصلح للزوج الميت من أمتعة أو أدوات متعلقة بحرفة أو صناعة أو تجارة .

ويتصل بمركز الزوجية في الملكية مسألتان :

الأولى التبرعات الصادرة لكل من الزوجين ، والثانية كسب كل من الزوجين من عمله .

التبرعات الصادرة لأحد من الزوجين

فالواقع أن الأصل أن كل تبرع يصدر لأحد من الزوجين لا يكون صحيحاً إلا إذا اتبعت فيه الاجراءات الخاصة بالتبرعات بوجه عام ، بيد أن هناك صورة من صور التبرع جرى بها العرف واستقر عليها العمل وأضحت لها أهمية كبيرة من الناحية التطبيقية ، وهذه هي صورة تبرع الآباء بتجهيز البنات عند الزواج ، ولو أجريت الأحكام العامة على هذه الصورة لنجمت عن ذلك صعوبات قد يكون من العسير تخطيها . ولكن الشريعة الإسلامية وضعت للصورة المتقدمة قاعدة تكشف عن نظر الفقهاء إليها نظرة تختلف بعض الاختلاف عن نظرهم الى التبرعات العادية ، ويستخلص ذلك من المادتين ١١٣ و ١١٤ مجموعة قدرى ، وتنص الأولى على أنه «إذا تبرع الأب وجهاز ابنته البالغة من ماله فإن سلمها الجهاز حال صحته ملكته بالقبض وليس لأبها بعد ذلك ولا لورثته استرداد شيء منه ، وإن لم يسلمه إليها في مرض موته فلا تملكه إلا باجازه الورثة » وتنص الثانية على أنه «إذا اشترى الأب من ماله في حال صحته جهاز ابنته القاصرة ملكته بمجرد شرائه سواء قبضته بنفسها وهي مجيزة في حال صحته أو مرض موته أو لم تقبضه في حياته ، وليس له ولا لورثته أخذ شيء منه ، ولو مات قبل دفع ثمنه يرجع البائع على تركته ولا سبيل للورثة على القاصرة » .

ويستخلص من هذين النصين أن الفقهاء يفرقون في التبرع بين ما يصدر للبت القاصرة وما يصدر للبالغة من أبها لأغراض الزواج ، فالتبرع بالنسبة الى القاصرة يتم بمجرد الشراء ، ولذلك لا يشترط في هذه الحالة القبض من ناحية القاصرة ولا يفرق بين الشراء بشمن عاجل والشراء بالنسيئة ، وكل ما هنالك أن الأب إذا اشترى الجهاز بالنسيئة التزم تركته بأداء الثمن .

ومن الواضح أن في هذا الحكم خروجاً على القاعدة العامة في اشتراط القبض إلا أنه يفترض أن الأب عندما اشترى تولى القبض نيابة عن ابنته القاصر ، ويفترض النص بداهة أن الأمر لا يعلو مجرد التبرع بالجهاز وهو في الواقع مكون من منقولات .

وأيا كان الحكم في افتراض أو عدم جواز افتراض قبض الأب للجهاز نيابة عن ابنته القاصر فالحكم المتقدم ينطوى أولاً على أن التبرع بالجهاز لا يختلف عن سائر التبرعات من حيث الطبيعة وهو بعد ينطوى على استثناء من قاعدة اشتراط القبض ، والملة في ذلك أن الفقهاء أنزلوا هذا التبرع منزلة خاصة رعاية للبر بالقاصر . ولكن انتقال ولاية القضاء الشرعي الى المحاكم المدنية وتنظيم الهبة بنصوص خاصة في القانون المدني يثيران اشكالا في مدى جواز الابقاء على القاعدة الشرعية ، فهل تعتبر هبة الجهاز للقاصر تامة بمجرد الشراء أم تجري عليها حكم القانون المدني الخاص بإشتراط القبض مع أن الأب قد يشتري الجهاز ويكلف الصانع نقله الى منزل الزوجة دون أن يتولى قبضه ؟ وقد يموت قبل إتمام الصنع فلا يتحقق له قبض ولو حكى للجهاز . والواقع أن من الخير تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية المستمدة من الفقه في هذه الحال دون قواعد القانون المدني ، لأن هذا النوع من الهبات نوع خاص وضع له الفقهاء قواعد خاصة استقرت في العرف وجرى عليه العمل قبل القانون المدني وبعده . ولم يعرض القانون المدني لمثل هذا النوع الخاص من الهبات بل هو وضع القواعد العامة دون أن ينسخ الأوضاع الخاصة التي أفردت بأحكام خاصة من قبل .

أما تبرع الأب بتجهيز ابنته البالغة فقد اخضع للقواعد العامة ، اذ اشترط لصحة التبرع أن تسلم البنت البالغة جهازها حال صحة أبيها وبذلك تملك الجهاز بوصفه هبة انعقدت بالقبض . ولا يجوز للورثة أن يطعنوا على هذه الهبة ما دامت قد تمت حال صحة المورث . وعلى النقيض من ذلك اذا مات المورث قبل أن يتم القبض من جهة البنت البالغة ، فإن الجهاز يكون تركة للأب ، واذا تم قبض الجهاز من البالغة أثناء مرض موت أبيها خضعت هبته للأحكام المتعلقة بالوصية . فإن كانت من الثلث صحت ، وإن جاوزت هذا القدر توقفت في التصاب الزائد على اقرار باقي الورثة .

ومهما يكن من شيء فمن المشاهد أن تبرع الأب لابنته بالجهاز لا يختلف فيما عدا حالة البنت القاصر عن تبرعه لابنته بجهاز الزوجية فيما لو رأى ذلك ، إلا أن النوعين يعرضان في صورة التبرعات بوجه عام مع أن التبرع في مناسبة الزوجية لا يقصد منه أن يكون مجرد تبرع عادي بل يقصد منه

الى اعانة الزوجين في شئون الحياة المشتركة ، ولهذا ينبغي أن يكون للتبرع بالجهاز نظام خاص بحيث يحقق المساواة بين الورثة من ناحية ويخرج التصرف من نطاق أحكام الضرائب الخاصة بالتبرعات.

كسب كل من الزوجين من عمله

أما كسب كل من الزوجين من عمله فهو خاضع لمبدأ استقلال الملكية، فلكل من الزوجين أن يستقل بما يحصل عليه من دخل من عمله . وقد واجه الفقهاء الحالة التي تقوم فيها الزوجة بعمل متعلق بشئون الزوجية أو متعلق بشئون الزوج وأجرت عليها الحكم الذي سبقت الإشارة اليه في القانون السويسري ، فنصت المادة ١٨٠ من مجموعة قدرى على أنه « لا يجوز للمرأة أخذ أجره من زوجها على ما تهيئه من الطعام لأكملها وأن لا يجب عليها ذلك قضاء ، وإنما يجوز لها أخذ الاجرة على ما تسويه من الطعام بأمره للبيع » .

ولهذا جرى العرف على أن الزوجة لا تطالب الزوج بأجر في كل عمل تقوم به لتدبير الشئون المنزلية ، وهذا العرف هو الذي يتشبه مع ما تقضى به أصول الدن ، وإن كان الفقهاء يقررون أن للزوجة أن تحصل على أجر عن مثل تلك الأعمال ، لأن الزوج مكلف بالاتفاق عليها ، ويندرج تحت معنى الاتفاق كل ما يتعلق بالقيام على الشئون المنزلية . ولكن لا يوجد خلاف فيما يتعلق بقيام الزوجة بعمل يعتبر مجرد مساهمة في حرفة الزوج أو صناعته أو تجارته ، فللزوجة أن توجر على هذا العمل ولها أن تحصل على مقابل له .

(ثانيا) الإدارة : القاعدة العامة أن لكل من الزوجين أن يستقل بإدارة أمواله ولا شأن للزوج الآخر في إدارة المال أو استغلاله ، وقد قرر فقهاء الشريعة هذه القاعدة صراحة ، فنصت مجموعة قدرى في المادة ٢٠٦ على أن « ولاية الزوج على المرأة تأديبية فلا ولاية له على أموالها الخاصة بل لها التصرف في جميعها بلا اذنه ورضاه ، وبدون أن يكون له وجه في معارضتها معتمدا على ولايته ، ولها أن تقبض غلة أملاكها وتوكل غير زوجها بإدارة مصالحها وتنفذ عقودها بلا توقف على اجازته مطلقا ولا على اجازة أبيها أو جدها عند فقده أو وصيها ان كانت رشيدة محسنة للتصرف ومهما تكن ثروتها فلا يلزمها شيء من النفقات الواجبة على الزوج »

ويستخلص من هذا النص أن كلا من الزوجين يستقل بإدارة ماله
فقوامه الرجال على النساء لا يستتبع أى تدخل من الزوج فى إدارة مال
الزوجة أو العكس .

قيام الزوج بإدارة مال الزوجة دون توكيل

هذا هو الوضع النظرى ، الا أن الامور تتعقد من الناحية التطبيقية
تعميدا يتفاوتت بتفاوت الحالات ، فقد يقع أن يتولى الزوج إدارة مال
الزوجة فى حكم الواقع دون أن يكون بيده توكيل ، وفى هذه الحالة يستخلص
القضاء عادة قيام وكالة ضمنية بين الزوجين ، وهذه الوكالة تستنبط
من قرائن أخصها تواتر قيام الزوج بأعمال الإدارة وتوقيعه على الأوراق
المتعلقة بها ، ولولم يذكر تحت التوقيع أنه يعمل بوصفه نائباً لا بوصفه أصيلاً .

وفى مثل هذه الحالة تعرض صعوبتان :

الاولى تتعلق بمدى حق الزوج فى الإدارة ، والثانية تتعلق بمركز الغير
من الزوج الذى تعامل معه .

فالزوج قد يجاوز الإدارة العادية الى أعمال تتسم بميسم التصرفات
كالتأجير لمدة تجاوز تسع سنوات وكقبض الاجرة مقدما لمدة تجاوز ثلاث
سنوات ، ويصعب فى مثل هذه الحالة تطبيق النص الخاص بالوكالة
الذى يشترط توكيلاً خاصاً فى أعمال التصرف ؛ اذ من البدهى أن يكون
التوكيل الضمنى الخاص نادر الحصول . فقد نصت المادة ١/٧٠٢ على أنه
لا بد من وكالة خاصة فى كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص
فى البيع والرهن والتبرعات . الا أن الفقرة الثانية من هذه المادة نصت
على أن الوكالة الخاصة فى نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح
ولولم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، الا اذا كان العمل
من التبرعات . وما من شك فى انه قد يتضح من ظروف الواقع ان الزوجة
فوضت الزوج تفويضاً ضمنياً فى اجراء أعمال التصرف التى لا تصبح
كذلك الا لسبب يرجع الى المدى الزمنى ، والرأى ان مثل هذه الوكالة
الخاصة الضمنية يجب قبولها ، ولكن بعد التثبت من وجود قرائن كافية
تقطع بقيامها ، والمسألة مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع .

وخلصة ذلك أن من الميسور استخلاص وكالة الزوج عن الزوجة في القيام بأعمال الإدارة ، بل ويكفى وجود توقيع الزوج على بعض الأوراق المتعلقة بالإدارة لاستنباط قرينة قيام الوكالة منها ، وعلى التقيض من ذلك ينبغي التشدد فيما يتعلق بأعمال التصرف . والأصل في هذه الأعمال انه لا يؤخذ بالوكالة الضمنية الا اذا كان هناك من الأدلة ما يقطع بقيامها . ومن الواضح أن الأدلة قد تقتصر على القرائن في شأن بعض أعمال الإدارة التي لا ترتفع الى مستوى التصرف بحكم امتداد الزمن ، أما في غير ذلك من الأعمال فلا بد من وجود الدليل المثبت للوكالة الخاصة على الوجه الذي قرره القانون . ومع هذا فاعتبار قيام الزوجة مانعا من موانع الحصول على كتابة عند الاقتضاء يخفف من هذا الحكم الأخير .

أما موقف الزوج الذي يتولى الإدارة من الغير فيصعب الرجوع فيه الى القواعد العامة في النيابة ، فهذه القواعد تجعل الأصل هو انصراف أثر التصرف الى الأصل لا النائب ، ولكن الزوج قد لا يظهر بمظهر النائب ، وقد يوقع كما تقدم القول دون أن يكشف عن صفته وفي هذه الحالة تنص المادة ١٠٦ على أنه اذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فان أثر العقد لا يضاف الى الأصل دائئا أو مدينا إلا اذا كان من المفروض حتما ان من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة . وقد تعتبر نيابة الزوج عن الزوجة صورة رئيسية من صور تطبيقات الاستثناء الوارد في نهاية المادة المذكورة ولكن المسألة ترتبط أيضا بالواقع ، فلا يطبق الاستثناء الا حيث تكون ادارة الزوج لأموال الزوجة قد تواترت واستفاضت على نحو يجعل الغير يعلم حتما بقيام النيابة .

الوكالة في الشئون المنزلية

ويتصل بمسألة الإدارة هذه ما يسمى أحيانا بالوكالة في الشئون المنزلية وهي وكالة تقوم بها الزوجة بوصفها نائبة ضرورية عن زوجها فيما يتعلق بنفقات الشئون المنزلية ، فالزوجة عادة تعقد العقود الخاصة بشراء الطعام والملابس والأثاث أحيانا ، وهي في هذا كله تقوم مقام الزوج بحكم المعاشرة الزوجية ،

بل يشبل الغير التعامل معها على أساس ائتمان الزوج دون ائتمائها هي ، ولذلك يعتبر اتصال المساكنة بين الزوجين من قبيل القرائن المثبتة لوجود هذه الوكالة ، ويعتبر من واجب الغير أن يعلم حتماً أن الزوجة تنصرف في هذه الحدود بوصفها وكيلة لا أصيلة .

وقد يكون في ا فراغ القاعدة في هذه الصورة ما يغرى بانتقادها ، فقد تكون الزوجة مسرفة أو مستحقة بالمسئولية فتعقد ديوناً قد تتجاوز المألوف في شأن الاتفاق ، ولكن من الواجب أن تقرر مسئولية الزوج بصفة أصيلة بإعتباره الأصل إذ من المفروض أن قيام رابطة الزوجية يجعل على الزوج التزاما بالاتفاق ويجعل للغير الذي قدم نفقة أن يرجع على الزوج ، وما على الزوج إن أراد نفي هذه الوكالة الضرورية أو المنزلية إلا أن يتخذ من الاجراءات ما يحول دون اطمئنان الغير الى قيامها ، كأن يبلغ المحال التي تقوم بالتوريد الحد الذي ينبغي أن تقف عنده أو يمنحها من تلقى الطلبات إلا منه هو ، وهكذا .

ويبين مما تقدم أن انفصال الإدارة وإن كان دستوراً مقررًا بحكم القانون ، إلا أنه في حكم الواقع أمر غير قائم في جميع الحالات . ولهذا تثار مسألة المحاسبة بين الزوجين ولا سيما عندما يكون الزوج وكيلة عن الزوجة فهل يلزم الزوج في هذه الحالة أن يقدم حسابا عن إدارة أموال الزوجة .

نصت المادة ٧٠٥ على أن على الوكيل أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في أمر تنفيذ الوكالة وأن يقدم له حسابا عنها ، وهذا النص يثير في خصوص تطبيقه على حالة وكالة الزوج مسألة دقيقة ، فهل يجوز للموكل أن يعفى وكيله من تقديم الحساب ولا سيما اذا وجدت رابطة نسب أو رحم بين الموكل ووكيله ؟ أم هل يعتبر الالتزام بتقديم الحساب متعلقا بالنظام العام ؟ الجواب أن هذا الالتزام لا يتعلق بالنظام العام ولذلك يجوز للموكل أن يعفى وكيله من تقديم الحساب ، ويستفاد هذا الاعفاء من سكوت الموكل عن المطالبة بتقديم الحساب ، إذ تعتبر هناك قرينة إما على المام الموكل بالحساب وإقراره له وإما على إبراء الموكل لوكيله مما ترتب في ذمته بسبب الوكالة . وقد قضت المحاكم الفرنسية أن لا مانع من إعفاء الوكيل من تقديم الحساب اذا اتضح أن الموكل قد أعفاه من ذلك فعلا بسبب قيام رابطة كرابطة القرابة تجعل

هذا الاعفاء سائفاً مقبولا . ولا مانع من أن يكون التوكيل مع الاعفاء من تقديم الحساب صورة من صور الهبات المسترة التي يقرر القانون صحتها متى كان الشكل سائرا لها ، ولهذا يكون اتصال سكوت الزوجة عن مطالبة الزوج بالحساب لمدة طويلة قرينة على اتفاق صمى مؤداه الاعفاء من تقديم الحساب . على أن ذلك لا يبنى صدور توكيل دقيق من الزوجة للزوج واشترط تقديم الزوج حسابا عن إدارته في التوكيل ، وفي مثل هذه الحالة تسقط دلالة القرينة التي تقدم ذكرها .

(ثالثا) حق التصرف : قد يعرض للبيان في شأن التصرف أن جميع النتائج المترتبة على انفصال الملكية لا بد أن تؤدي الى استقلال كل من الزوجين بالتصرف في ماله ، ومامن شك في أن هذا هو المبدأ المقرر في الشريعة الاسلامية وهو المبدأ الواجب التطبيق في مذهب الحنفية ، الا أن قيام الحياة الزوجية بين الزوجين قد يقتضى احيانا ادخال بعض التعديل على المبدأ العام ، اذ من الواضح أن الاستقلال بالتصرف قد يؤدي الى فتور العلاقات بين الزوجين ولا سيما اذا كان التصرف من قبيل التبرعات أو كان التصرف صادرا من الزوجة ، ولهذا اتجهت بعض آراء فقهاء المسلمين من المالكية الى ضرورة حصول الزوجة على اذن زوجها عند التصرف في العقار ، والظاهر أن مرجع هذا الحكم هو عرف البيعة ، ولكن مثل هذا الرأي لا يستند الى اساس في القانون ، ومن الصعب أن نحدد من حرية التصرف الاعلى أساس نص واضح أو عرف ترتفع به البيعة الاجتماعية الى منزلة القواعد الملزمة ، ولا يوجد في الوقت الحاضر نص يحول دون حرية تصرف الزوج في ماله أو حرية تصرف الزوجة في مالها ، ولا يوجد أيضا عرف يحول دون ذلك ، ولو أن تجربة الحياة العملية تتكشف عن اشكالات كثيرة تقوض السلام العائلي ، وترجع في حلتها الى استعمال حرية التصرف استعمالا لا يرجع فيه الى رأى الزوج الآخر ، ولهذا ينبغي أن تكون حرية التصرف محلا لتأمل طويل وينبغي أن تعالج علاجا تشريعا يقضى على مصدر الشكوى من الوضع القائم .

نظام الدوطة

تلك هي القواعد العامة التي تسرى على المصريين جميعا مسلمين كانوا أم غير مسلمين ، ولكن بعض الطوائف غير الاسلامية أخذت بنظام معين

هو نظام الدوطة ومرجع هذا النظام هو قواعد العرف ، والدوطة أو البائنة وفقا لهذا العرف هي مال تقدمه الزوجة للزوج على أن يحبس للاتفاق منه على شئون الزوجية ، الا أن الدوطة أو البائنة، وان كان مرجعها العرف فهي لا تقدم الا في العائلات الموفورة اليسار ، ولاتنشأ الا باتفاق خاص . وقد اختلف الرأى فى تكييف الدوطة : فذهبت أحكام الى أن الدوطة هبة من الزوجة الى الزوج ، ثم تطور الأمر فى القضاء ولكن مع الابقاء دائما على معنى الهبة وقيل أن الدوطة تعتبر هبة مشروطة بدوام رابطة الزوجية ، فاذا انحلت الرابطة عادت البائنة الى الزوجة أو الى زوجها ، ومازال أحكام القضاء ترجع معنى التبرع فى البائنة أو الدوطة ، ولكن الواقع أن البائنة لا تقدم للزوج على سبيل التبرع اذ هي تبرع فى علاقة من يقدم للزوجة هذا المال ، ولكن بالنسبة الى الزوج تعتبر البائنة أحيانا مقابلا ملبوحا فى عقد الزواج نفسه ، وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام عن نظام البائنة فى فرنسا ، اذا عتبرت البائنة معاوضة من وجه .

ومن الواجب أن نقرر أن مرجع الغموض فى نظام البائنة هو الاحتكام فى شأنها الى العرف ، وهذا العرف نفسه غير مستقر ، ثم أنه يتعارض أحيانا مع قواعد القانون المدنى ، ولو أريد لإساء نظام البائنة على أساس واضحة لوجب أن يقام على المبادئ الآتية :

(أولا) اعتبار الزوجة مالكة للبائنة مع اقتران الملكية بشرط اتفاق هو عدم جواز التصرف فيها ما بقيت الزوجية قائمة . ولا يعتبر العقار غير قابل للتصرف الا اذا سجل عقد انشاء البائنة . ولا مطلق على شرط المنع من التصرف فى هذه الحالة لأنه يتوخى غرضاً مشروعاً هو المعاونة على الاتفاق على شئون الزوجية والمعاونة على اتصال الحياة بين الزوجين بسبب توفير الموارد المالية لهما .

(ثانياً) اذا كانت البائنة مبلغاً من النقود فى هذه الحالة لا يمكن أن تعتبر البائنة محققة لأغراضها الا اذا انتقلت ملكيتها الى الزوج ، وقد ينظر فى هذه الحالة الى البائنة بوصفها نوعاً من أنواع الوديعة الناقصة ، وبذلك يلزم الزوج برد البائنة اذا انحل رباط الزوجية ، ويكون حق الزوجة فى المطالبة مبنياً

على فكرة الوديعة الناقصة ، ويذهب أن الزوج لا يسأل جنائيا عند التخلّف
عن رد هذه الوديعة اذ المدنى فى الوديعة الناقصة يخول حق الاستهلاك ولا يسأل
عن رد الشئ بعينه بل يرد مثله .

(ثالثا) يكون للدائنين السابقة ديونهم على انشاء اللوطة أن يباشروا
حقهم على هذا العقار اذا كانت ديونهم ثابتة التاريخ رغم وجود شرط
عدم التصرف .

(رابعا) ينبغي أن يباح للزوجين دائما العلول عن شرط عدم التصرف
فى البائنة باتفاقهما ، وينبغى أن يرخص للقضاء فى تعديل هذا الشرط
فيما اذا اقتضت المصلحة الزوجية ذلك .

وحاصل ما تقدم أن نظام اللوطة عند الطوائف غير الاسلامية يعتبر
مجرد نظام اتفاق بحث ويخضع لاحكام القانون المدنى، ولا يتحكم فيه العرف
الا حيث لا يوجد نص فى القانون ويعتبر هذا النظام نافذا بقدر تمثليه
مع أحكام القان المدنى بوصفه اتفاقا عاديا لا بوصفه نظاما قانونيا لأموال
الزوجية .

الباب الثاني

في تطبيق نظم أموال الزوجية في مصر على أساس قواعد الاسناد المصرية

يوجد في مصر جاليات اجنبية متعددة ، وهذه الجاليات منها ما يتبع نظما قانونية لأموال الزوجية ، وتوجد جاليات أخرى لا تعرف نظما لأموال الزوجية ، ويلاحظ أن القانون المدني الجديد تكفل في المادة ١٣ بالنص على أنه يسرى قانون الدولة التي ينتمى اليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عند الزواج بما في ذلك من أثر بالنسبة للمال ، وقد أشرنا من قبل الى الخلاف المتعلق بما يكتنف هذا النص من شك ، ولكن الواقع أن المسألة تحتاج الى قسط غير يسير من التفصيل ، اذ يلاحظ أولا أن هناك مسألة تتعلق بشكل اتفاقات أو مشارطات أموال الزوجية وبأحكامها الموضوعية ، ويلاحظ من ناحية أخرى أن هناك مسألة تتصل بآثار مشارطات أموال الزوجية ، ويلاحظ أخيرا أن هناك مسألة النظام القانوني الذي يتبع عند عدم وجود مشاركة أموال زوجية .

(١) مشارطات أموال الزوجية من حيث التكوين (الشكل والاركان) : تناولت المادة ١٢ من القانون المدني الشروط الموضوعية لصحة الزواج فقضت بأن يرجع فيها الى قانون كل من الزوجين والمقصود بالشروط الموضوعية لعقد الزواج الشروط اللازمة لانعقاد العقد في ذاته لا لمشارطات أموال الزوجية ، ولم تعرض المادة ١٣ الا للآثار التي يرتبها عقد الزواج بالنسبة الى المال ، ولكنها لم تتناول مشارطات أموال الزوجية ، فهل في الوسع أن تطبق في شأن مشارطات أموال الزوجية أحكام المادة ١٦ التي تنص على أنه يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدن اذا اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، هذا ما لم يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه ، وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة استثناء مؤداه أن قانون موقع العقار هو الذي يسرى على العقود التي تبرم في شأن هذا العقار .

ولو انخفضت مشارطات أموال الزوجية لهذا النص لأدى ذلك أولا الى تطبيق قواعد القانون المصرى حيث تتناول مشاركة أموال الزوجين عقارات في مصر لا يوجد فيها قواعد متعلقة بالنظام المالى بين الزوجين اللهم الا النظام الانفصال الكامل ، ويستدل من هذه النتيجة على أن من المحقق أن تفسيرا كهذا يتعارض مع نص المادة ١٣ التى توجب اخضاع الآثار المالية للزوج جميعا لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج ، فقد يبدو غريبا أن تخضع آثار مشاركة أموال الزوجين لقانون وتخضع أركانها لقانون آخر ، ولذلك ينبغى أن يستدل من المادة ١٣ على أن نية المشروع قد انصرفت من طريق ضمنى الى الإشارة من طرف آخر الى وجوب اخضاع تكوين مشارطات أموال الزوجية لقانون جنسية الزوج ، وهذا التفسير يتمشى مع التطور التاريخى لقواعد القانون المصرى فقد كانت المنازعات المتعلقة بنظام أموال الزوجية من اختصاص جهات الأحوال الشخصية للأجانب أى القنصليات ، وكانت تخضع لقانون جنسية الزوجين المتحدى الجنسية ، كما أن قضاء المحاكم المختلطة استقر على ذلك ، بل ونص نظام القضاء على اعتبار النظام المالى بين الزوجين من مسائل الأحوال الشخصية ، كما أن مصر التزمت فى تصريح ملحق بمعاهدة مونترو بأن تتبع فى المستقبل قاعدة شخصية القوانين فيما يتعلق بالأحوال الشخصية .

ونخلص من كل ذلك أن اعتبار الآثار المالية المترتبة على الزواج داخلة فى نطاق الأحوال الشخصية يستتبع أيضا ادخال مشارطات أموال الزوجية فى هذا النطاق ، ويمكن من طريق قياس المماثلة أن يقال أن انعقاد هذه المشارطات يخضع لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج .

وبين من ذلك أنه يجب أن يرجع الى قانون الجنسية (جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج) فى تكوين مشاركة أموال الزوجية من حيث الاركان الموضوعية وشرائط الصحة المنصلة بالشكل الداخلى ؛ فاذا كان القانون الاجنبى يشترط الرسمية لانعقاد المشاركة وجب أن تفرغ فى الشكل الرسمى وكذلك الشأن فى جميع شروط الصحة الأخرى .

أما الشكل الخارجى فتسرى فى شأنه القاعدة العامة وهى قاعدة خضوع هذا الشكل لقانون محل الانعقاد .

الا أن مشارطات أموال الزوجية يشترط فيها كما تقدم أن تشهر ،
وفي هذه الحالة تعرض مسألة دقيقة ، فهل يعتبر هذا الشهر اجراء لازما للنفاذ
أم أنه يعتبر شرطا من شروط الصحة ، وهل يعتبر هذا الشهر اجراء
من اجراءات التوثيق أم أنه يعتبر اجراء موضوعيا ؟ وتبدو أهمية هذه المسألة
بالنسبة الى مصر حيث لا توجد سجلات خاصة بشهر مشارطات أموال
الزوجية اذا استثنى التجار الأجانب . وأكبر الظن أن الشهر في هذه الحالة
يعتبر وفقا للتكييف المصرى اجراء من اجراءات الشكل الداخلة في ولاية
الموثقين ، ولهذا يكون للاجنبي الذى لا يستطيع شهر نظام أموال زوجته
أن يبلجا اما الى قنصله واما الى موطنه هو يستكمل فيه تلك الاجراءات .

(ب) آثار المشارطات : أما آثار مشارطات أموال الزوجية ، فيجب
أن يرجع فيها الى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج ، ويفرق في هذه
الآثار بين أمرين :

أولهما : مايتصل بمركز الأموال من حيث ترتيب الحقوق العينية
وتكييف هذه الحقوق ، ففي هذه الحدود تطبق المادة ١٨ مدنى مصرى
ويسرى على أساس التطبيق القانون المصرى وحده ، وعلى ذلك لا يجوز
أن ترتب المشاركة حقا عينيا لا يعرفه القانون المصرى كحق الملكية المشتركة
بين الزوجين مثلا أو الرهن العام . ولا يجوز أن يرتب حق عينى من الحقوق
الا اذا اتبع في شأن ترتيبه الاجراءات فى القانون المصرى كاجراءات الشهر
العقارى مثلا ، وكلما امتنع ترتيب حق عينى يقرره نظام الأموال بين الزوجين
بسبب يتصل بمركز الأموال فى مصر ، لم يكن لهذا الحق وجود بالنسبة الى غير
الزوجين فى مصر ، بل ولا فى علاقات الزوجين أحدهما بالآخر بدين شخصى
يعادل فى قيمته ما كان يفيته عليه حقه العينى ، فان كان مثلا لأحد الزوجين
حق عينى فى أموال الزوجية على اساس الاشتراك فقل هذا الحق ينقلب
الى حق شخصى ، فتكون للزوجة مثلا أن تطالب الزوج بدين يعادل نصيبها
فى الأموال المشتركة .

وغنى عن البيان أن مثل هذا الوضع يجعل نظام أموال الزوجية بالنسبة الى الحقوق العينية مجرد قيمة اتفاقية كلما امتنع ترتيب الحق العيني المقرر في الأموال المشتركة .

(ثانيا) أما فيما يتعلق بالآثار الأخرى لنظام أموال الزوجية كمتولية الزوج عن ديون الزوجة أو العكس فالأصل أن يسرى في شأنها قانون جنسية الزوج ، الا أن يتعارض هذا القانون مع قواعد النظام العام في مصر ، وما يتصل بالنظام العام في مصر حماية الائتمان العام ، ولهذا يحذر من تطبيق القانون الأجنبي كلما تعارض هذا القانون مع اعتبار أموال المدين جميعها ضامنة لجميع ديونه .

(ج) النظام القانوني المبني على الرضا الضمني في رأى البعض أو النظام ذو الولاية العامة في رأى البعض الآخر :

هذا النظام هو الذى عناه واضع القانون المدنى المصرى عندما تحدث عن الآثار المالية للزواج لأن النظام ذا الولاية العامة هو الذى يطبق على الزوجية تلقائياً بمجرد انعقاد الزواج مادام لم يختارا نظاماً آخر . ولعل في وضوح هذه الحقيقة ما يؤيد القياس الذى قدمناه من قبل في شأن وجوب إخضاع مشارطات أموال الزوجية ذاتها للقانون الذى ينتهى إليه الزوج وقت انعقاد الزواج ، فالمستفاد من أحكام المادة ١٣ من قانون نظام القضاء أنها لم تكيف النظام المالى القانونى بوصفه تعاقداً ضمناً يخضع لقانون المشيئة ، ولم تكيفه بوصفه تعاقداً على المال يخضع لقانون موقع المال بل كيفته بوصفه مسألة من مسائل الأحوال الشخصية . ولما كان هذا النظام القانونى هو بديل النظام الناشئ عن مشاركة أموال الزوجية فينبغى أن يكون البديل والمبدل على حد سواء من حيث المعاملة ضمناً لتتأسق الحلول .

المراجع

Plantel — Ripert et M. Nast : Traité Pratique de Droit Civil Français, t. VIII (1925) et t. IX, (1927).

Bandry-Lacantinerie — Le Courtois et F. Surville : Traité théorique et pratique de droit civil, t. III, du contrat de mariage, 3e éd. 1906.

R. Boudant et R. Lenoan : Cours de droit civil français, t. X, Le contrat de mariage et les régimes matrimoniaux, 1937.

Rossel (André) : Code civil suisse et Code Fédéral des abbigations.

- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان المرحوم قدرى باشا .

دائرة فحص الطعون بمحكمة النقض*

عرض وتحليل ونقد

للدكتور عبد الوهاب السحواوي المحامي

السكرتير الأول للشئون القانونية بوزارة الخارجية سابقاً

١ - تطور التشريع المصري الى انشاء دائرة فحص الطعون :

برغم حداثة عهد قواعد المرافعات المصرية بنظام الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في المسائل المدنية ، الا أن هذا النظام الذي أنشأ في سنة ١٩٣١ كان محلاً لتعديلات تشريعية تناولت أحكامه الجوهرية وخاصة في السنوات الأخيرة^(١) .

ذلك أن النظام القضائي المصري لم يكن يعرف طريق الطعن بالنقض في الأحكام المدنية والتجارية حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٦٨ المؤرخ ٢ مايو سنة ١٩٣١ بإنشاء محكمة النقض^(٢) ، اذ بصدور هذا القانون وجد

* مراجع البحث : جارسونية وسيزار برو ج ١ ص ١٦٨ بند ١٠١ وما بعده (طبعة ثالثة) وجلاسون وتيسيه ج ١ ص ٢٦١ بند ١٠٩ (طبعة ثالثة) وموريل في المرافعات سنة ١٩٤٩ ص ١٠٠ بند ٩٦ وما بعده . وتعليقات دالوز على قانون المرافعات الفرنسي ج ٣ ص ١٢١ بند ٦٩ وما بعده . وحامد فهمي النقض في المواد المدنية والتجارية سنة ١٩٣٧ ص ٥٠ بند ٣٨ وهامش رقم ٢ . والمذكرة التفسيرية لقانون المرافعات ومحاضر لجنة وضع قانون المرافعات بوزارة العدل .

(١) ونقص هذه التعديلات التشريعية ما أدخل على قانوني المرافعات ونظام القضاء اللذين صدرا في سنة ١٩٤٩ . أما المرسوم بقانون رقم ٦٨ الصادر في سنة ١٩٣١ وألغى بإنشاء محكمة النقض فقد كان محلاً لتعديل بالإنهاء بالنسبة لبعض موادها فقد نصت المادة الأولى من مواد إصدار قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ على إلغاء المواد من ٩ الى ٣٤ من المرسوم بقانون سالف الذكر وألغى بإنشاء محكمة النقض والابرام ، اذ حُت محلها المواد من ٤٢٥ - ٤٤٩ من قانون المرافعات .

(٢) أما النقض الجنائي فقد كان قائماً يومها ، اذ عرفه النظام القضائي المصري من قبل يوم استعاب المشرع إدخال النظم القضائية الفرنسية في مصر . ونحن لا نتعرض لنظام النقض==

نظام النقض في الأحكام المدنية والتجارية في النظام القضائي المصري واختصت محكمة النقض بنظر الطعون التي تقدم اليها عن تلك الأحكام . واقتضى إيجاد نظام النقض يومئذ ادخال بعض التعديلات في قانون المرافعات ولائحة اجراءات المحاكم ولائحة المحاماة بما يتلائم مع النظام الجديد . وقد بقي هذا المرسوم بقانون قائماً باكماله حتى صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء والقانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص باصدار قانون المرافعات ، فتضمن أولها الكلام عن ترتيب محكمة النقض وتشكيلها وتكلم الثاني عن اجراءات الطعن بالنقض في الأحكام المدنية والتجارية وحالاته . فقد كانت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ بانشاء محكمة النقض تنص على أن تؤلف محكمة النقض من دائرتين أحدهما تنظر المواد المدنية والأخرى تنظر المواد الجنائية ، وعلى أن تصدر الأحكام من خمسة مستشارين (١) ، وذلك أخذاً بالمبدأ الذي يقضى بأن يكون قضاة الجهة القضائية الأعلى أكثر عدداً من الجهة التي تسبقها ، وقالت المذكرة الإيضاحية في ذلك أنه قد رُوي الاكتفاء بهذا العدد إذ أن أحكام محاكم الاستئناف تصدر من ثلاثة فقط (٢) . ثم لما صدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء أبقى المادة الثانية منه على التشكيل الخماسي لدوائر المحكمة ، ولكنها نصت على أن يكون بالمحكمة دائرة لنظر المواد الجنائية ودائرتان لنظر المواد المدنية والتجارية وهما الأحوال الشخصية ، وأنه إذا رأت إحدى الدوائر العلول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة أحالت الدعوى الى دوائر المحكمة مجتمعة لتفصل فيها .

== الجنائي في هذا البحث إذ أن المشرع قد قصر إختصاص دائرة فحص الطعون بمحكمة النقض على الطعون المدنية والتجارية وفي مسائل الأحوال الشخصية دون الطعون الجنائية التي تعرض رأساً على الدائرة الجنائية الخماسية دون وساطة دائرة فحص الطعون .

(١) حلت محل هذا النص المادة ٢ من القانون رقم ١٤٧ سنة ١٩٤٩ الخاص بنظام القضاء وسوف نعرض لتفصيل أحكامها بعد تعديلها في القسم الثالث من أقسام هذا البحث .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٦٨ سنة ١٩٣١ ص ١٧ و ١٨ وقد أوردتها المرحوم الأستاذ حامد فهمي في مؤلفه النقض في المواد المدنية والتجارية سالف الإشارة إليه ص ٤٩

وقد دعا الى ادخال هذا التعديل .- من حيث زيادة عدد الدوائر -
مواجهة ما أتى به قانون المرافعات الجديد - غداة صدوره - من توسعة
في مجال الطعن بطريق النقض . ذلك أن المادة ٢٥٠ مرافعات - قبل تعديلها -
كانت تجيز الطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية بصفة نهائية
أو في استئناف أحكام المحاكم الجزئية ، بعد أن كان الطعن بالنقض قاصرا
على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف وبعض حالات فردية من الأحكام
الصادرة من المحاكم الابتدائية بصفة استئنافية . وقد كان هذا التوسع مما اشبهاه
واضعو قانون سنة ١٩٣١ ولكنهم أمسكوا عنه ريثما تثبت المحكمة الناشئة
اقدامها حتى لا يؤودها العبء الجسيم في أول عهدها . وقالت المذكرة
التفسيرية لقانون المرافعات في تبرير هذا التوسع بعد الاشارة الى ما تقدم
أنه الآن وقد اضطلعت المحكمة بمهمتها على أحسن وجه وأخرجت في مختلف
الأقضية أحكاما لا يبلغها الحصر جليلة القدر تشهد بسعة العلم ودقة الملاحظة
وسلامة التقدير وسداد الرأي ، فانه لم يعد ثمة مجال للتضييق في طريق الطعن
أمام محكمة النقض ذلك التضييق الذي قالت عنه المذكرة الايضاحية لقانون
سنة ١٩٣١ أن فيه شيئا من المضار من حيث توحيد القضاء بالمحاكم لكنه
مما تدعوا اليه الضرورة في البداية حتى تتمكن المحكمة الجديدة من السير
في طريقها قبل أن تتوسع في أحكامها (١).

وقد لاقى هذا التوسع اعتراضا من محكمة النقض ذاتها في مناقشتها
لمشروع القانون الجديد قبل صدوره عند عرضه للاستفتاء وبذلت جهودا
كثيرة في سبيل ابقاء الأحكام التي يجوز الطعن فيها بطريق النقض في الحدود
الضيقة التي وضعت عند انشاء المحكمة (٢) وبقي الاعتراض قائما

(١) أنظر المذكرة التفسيرية لمشروع قانون المرافعات الجديد والتي وضعتها اللجنة المشكلة
بوزارة العدل لوضع هذا المشروع .

(٢) بدأ هذا الاعتراض وتلك الجهود في صورة جدية عند ما عرض مشروع القانون الجديد
على لجنة المرافعات بمجلس الشيوخ ، اذ تقدمت إليها المحكمة - كما تقدم غيرها من الهيئات
والأفراد - بملاحظات على المشروع وكان أهمها إعراضها على فتح باب الطعن أمام محكمة النقض
في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية ، ولكن اللجنة لم تستجب لهذا الاعتراض وأبقت
المشروع كما قدم إليها من الحكومة .

برغم أن قانون نظام القضاء كما أسلفناه قد جعل لمحكمة النقض دائرتان لمواجهة أثر التوسع في الأحكام التي يجوز طلب نقضها . إلا أن محكمة النقض - متمسكة باعتراضها - قد بقيت تعمل بدائرة مدنية واحدة برغم هذا النص الجديد وبرغم ضرورة مواجهة هذه التوسعة التي أرادها لها الشارع ، إذ لم تشكل الدائرة الثانية على الإطلاق حتى الغاء التشريع أخيراً عند ما استعاض عنها بدوائر لفحص الطعون على نحو ما سيأتي .

ولقد بقيت محكمة النقض على اصرارها في السير بدائرة واحدة حتى إذا عرضت الفرصة عدل التشريع على أساس التضييق الذي رؤى عند انشاء محكمة النقض في سنة ١٩٣١ ، فصدر المرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢ بتعديل المادة ٤٢٥ من قانون المرافعات بحيث جعل الطعن بطريق النقض قاصراً أساساً على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف دون المحاكم الابتدائية ، وقالت المذكرة الإيضاحية في تبرير العودة الى هذا التضييق أنه قد ترتب على إطلاق نص المادة ٤٢٥ وفتحها باب الطعن أمام محكمة النقض في كل تلك الأحكام ان كثرت هذه الطعون كثرة أصبحت تستدعي إعادة النظر في الموضوع ، وبناء على ذلك رؤى العودة الى النظام السابق في هذا الشأن لما تبين من عدم وجود ضرورة لاطالة أمد التقاضي في مثل هذا النوع من الأحكام ولما ظهر من أن ذلك النظام (أى القديم) قد أجاز الطعن بالنقض في أهم الأحكام وأكثرها خطراً ، وأنه بناء على ذلك قد عدلت المادة ٤٢٥ مرافعات حتى تتضمن الأحكام التي كانت منصوصاً عليها في المادة التاسعة من المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ (١) .

== والغريب أن محكمة النقض ذاتها كانت قد طلبت إجراء هذه التوسعة التي جاء بها القانون الجديد ، وذلك في سنة ١٩٤١ ، بيد أن لاحظت قلة عدد الطعون التي قدمت إليها في أحكام محاكم الاستئناف وفي أحكام المحاكم الابتدائية في قضايا استئناف أحكام المحاكم الجزئية في مسائل وضع اليد والاختصاص المذكورة في المادة ١٠ من المرسوم بقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ الخاص بإنشاء محكمة النقض (أنظر محاضر لجنة وزارة العدل التي وضعت مشروع قانون المرافعات - الجلسة الثلاثين) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٢ أوردتها الأستاذ كمال أبو الخير في موسوعته " قانون المرافعات معلقاً على نصومه بآراء الفقهاء وأحكام المحاكم " الطبعة الثانية ص ٣٦٨ هامش رقم ١

وبهذا التعديل الذى يؤسف له ردت محكمة النقض بالنسبة للأحكام التى يصح الطعن فيها أمامها الى الحدود التى وضعت لها عند انشائها والتى روعي فيها التضييق الوقت حتى لا ترهق المحكمة بالعمل أبان انشائها ، وعادت الأحكام الانتهائية والاستئنافية الصادرة من المحاكم الابتدائية وليس من طريق لاصلاحها أمام محكمة النقض (١) ، مع أن اختصاص هذه المحاكم قد اتسع وزادت أهميته بسبب زيادة قيمة الدعاوى واتساع اختصاص المحاكم وولايتها. وعندنا أن العلاج كان يأتي عن طريق زيادة دائرة مدنية أو زيادة الجلسات بدلا من العصف بضمانات تكفل مصلحة الخصوم في الوصول لاصلاح الأحكام الانتهائية المعيبة . وإذا قيل أن النقض في أحكام محاكم الاستئناف كفيل باستقرار المبادئ القانونية وأن الغالب أن تتبع المحاكم الابتدائية هذه المبادئ ، فإن هناك خطأ في القانون لا يجدى في تجنبه توحيد القضاء واستقرار المبادئ القانونية ، ذلك هو عيب الاجراءات الذى من شأنه أن يؤدي الى بطلان الحكم ، فهذا الخطأ تقع فيه المحاكم الابتدائية سهوا أو قصدا ويبقى البطلان المرتب عليه قائما بغير ما طريق لاصلاحها أمام محكمة النقض بسبب اغلاق باب الوصول اليها دون من أضرب به البطلان ، ولا يمنع من تكرار الخطأ والوقوع فيه استقرار القضاء على مبدأ دون آخر .

وقد كان هذا التضييق الذى جاء به المشرع بالنسبة للأحكام القابلة للطعن بطريق النقض كافيا لأن يصرف محكمة النقض عن السعى في تعديل نظامها والمساس بالضمانات التى تحيط بنظر الطعون المقدمة اليها . الا أن المحكمة العليا قد ظلت على شكواها من كثرة عدد الطعون التى تعرض عليها حتى دفعت بالمشرع

(١) وقد ترتب على ذلك - فضلا عن التضييق - وضع شاذ للغاية إذ أصبحت الأحكام الصادرة في حدود اختصاص القاضي الجزئي النهائي تخضع لنوع من النقض يقدم للمحكمة الاستئنافية إذا استند الى بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ، وذلك طبقاً لنص المادة ٣٩٦ من قانون المرافعات ، بينما لم يوضع نص مماثل - لمواجهة هذا التعديل - بالنسبة للأحكام التى تصدر من المحاكم الابتدائية في حدود نصابها النهائي مادام قد أتى طريق الطعن بالنقض في هذه الأحكام ، مع أن اتساق الأحكام كان يقتضى وضع نص بهذا المعنى . وقد تدارك المشرع هذا النقض أخيراً فأصدر القانون رقم ١٣٧ سنة ١٩٥٦ معدلاً نص المادة ٣٩٦ مرافعات سائلة الذكر بحيث أصبح حكمها شاملاً للأحكام الصادرة انتهائياً من المحاكم الجزئية أو من المحاكم الابتدائية على حد سواء .

الى تعديل نظام المحكمة باضافة خطوة جديدة تسبق نظر الطعن بمعرفة الدائرة الحماسية اذ أوجد دائرة ثلاثية لفحص الطعون ينبغي أن تعرض عليها كافة الطعون المدنية وما اليها فما قبلته منها إحالته الى الدائرة الحماسية . وقد تضمنت هذا التعديل نصوص القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ التي عدلت المادة الثانية من قانون نظام القضاء الخاصة بتشكيل المحكمة وبيان دوائرها فأصبح نصها كالآتي :

« يكون مقر محكمة النقض مدينة القاهرة .

وتؤلف من رئيس ووكيلين وعدد كاف من المستشارين وتكون بها دائرة لنظر المواد الجنائية ودائرة لنظر المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية ، ودائرة أو أكثر لفحص الطعون في المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية يرأسها رئيس المحكمة أو أحد الوكيلين .

وتصدر الأحكام من دائرة المواد الجنائية ومن دائرة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية من خمسة مستشارين .

وتصدر الأحكام والقرارات من دائرة فحص الطعون من ثلاثة مستشارين تنتخب الجمعية العمومية للمحكمة عضوبها من بين المستشارين الذين أمضوا بها سنتين على الأقل .

وإذا رأيت إحدى الدوائر العدول عن مبدأ قانوني قرره أحكام سابقة أحالت الدعوى الى دوائر المحكمة مجتمعة للفصل فيها .

كذلك عدلت أحكام القانون سالف الذكر المواد ٤٢٧ و ٤٢٩ و ٤٣١ و ٤٣٢ و ٨٨١ فقرة أخيرة و ٨٨٢ من قانون المرافعات ، وذلك على نحو ما سيأتى شرحه تفصيلا في هذا البحث .

وقد كانت هذه الخطوة — كما هو واضح من صريح عبارة المذكرة الايضاحية — استجابة جديدة من المشرع لشكوى محكمة النقض من ترايد عدد الطعون أمامها وعدم قدرتها على الفصل فيها على نحو مرض ، ولم يكن القصد منها من غير شك ادخال نظام يرى المشرع فيه فائدة تعود على القضاء من حيث الوصول به الى الغاية المنشودة من رعاية مصلحة الخصوم وتأكيد سيادة العدالة وحسن الفصل في المنازعات .

وقد رأينا أن المشرع عندما أوجد نظام النقض في المسائل المدنية في النظام المصري في سنة ١٩٣١ قد استغنى عن اقتباس نظام دائرة العرائض الموجودة في النظام الفرنسي . والظاهر أن المشرع قد لاحظ أنه لا يوجد مثلها في غير فرنسا من البلاد أو استجاب لما وجه من نقد الى هذا النظام (١) ، ذلك النقد الذي انتهى الى إلغاء تلك الدائرة في بلادها كما سنبين ، فلم ير المشرع المصري محلا لايجاد هذه الدائرة عند وضعه قانون المرافعات الجديد بعد أن استفاض الاعتراض عليها ، وانتهى الأمر بالغائها في سنة ١٩٤٧ أى من قبل أن يصدر قانون المرافعات المصري الجديد . وقد كان تصرف المشرع منطقيا فما كان ليتصور أن يقتبس هذا النظام بعد أن ألغاه التشريع الذي أوجده وبعد أن عرفت عنه التشريعات التي اقتبسته عن التشريع الفرنسي لذلك كان غريبا وملفتا للنظر وداعيا الى التمعن التجاء التشريع المصري أخيرا الى الأخذ بهذا النظام الذي زهد فيه واضعوه وعدل عنه مقتبسوه ، وكان من الحق علينا أن نلمس وجه الضرورة التي ألجأت المشرع المصري الى إيجاده بعد طول امتناع وأن نبث الفائدة المحققة التي يرجى أن يستفيدا نظام النقض من هذا الوضع الجديد .

على اننا قبل أن نشرع في تناول أحكام القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ الذي أوجد دائرة فحص الطعون ، نرى من الفائدة أن نعرض لهذه الدائرة في القانون الفرنسي (٢) لنقف على كيفية نشأتها وما تعرضت له من حملات وما ظفرت به من تأييد لم يستطع أن يستدها وما انتهى اليه أمرها من الغاء

(١) أنظر مؤلف المرحوم الأستاذ حامد فهمي " النقض في المواد المدنية " سالف الإشارة إليه بند ٣٨ ص ٥٠ . وانظر كذلك محضر الجلسة الثلاثين من جلسات لجنة وزارة العدل التي وضعت مشروع قانون المرافعات . وهذه المحاضر وإن كانت لم تنشر بعد إلا أنها مجمعة بوزارة العدل إلى أن يتم إعدادها للنشر .

(٢) ولئن سميت هذه الدائرة في التشريع الفرنسي باسم دائرة العرائض أو الطلبات إلا أنها في حقيقتها وجوهرها - كما سيتبين - لا تكاد تختلف عن دائرة فحص الطعون ، التي أنشأها المشرع المصري ، إلا في قليل من التفاصيل التي لا تنبر من جوهر النظام وحقيقته . وقد أدرك المشرع المصري هذا التماثل بين الدائرتين فحاول في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ الذي أنشأ هذه الدائرة أن يبين كيف تماشى أوجه النقض ووجوه النقد في النظام الشبيه به والذي كان قائما في فرنسا .

وما دعا المشرع الفرنسي الى الاقدام على هذه الخطوة . فعلى ضوء ذلك وعلى هدى منه نستطيع أن نقدر مبلغ الخير في الخطوة التي أقدم عليها المشرع المصري بإنشاء هذه الدائرة في نظام النقض المدني المصري .

٢ - دائرة العرائض في فرنسا : قيامها والغاؤها :

كانت هذه الدائرة التي أحياها المشرع المصري أخيرا وأسمها دائرة فحص الطعون قائمة في النظام القضائي الفرنسي حتى ٢٣ يوليو سنة ١٩٤٧ ، وكانت تعرف باسم دائرة العرائض أو الطلبات *Chambre des Requetes* حتى ألغاه القانون الصادر في هذا التاريخ بحجة أنها تعطل العمل عن طريق عرض الطعن المرحج قبوله على درجتين ، وأوجد المشرع الفرنسي بديلا منها نظام تعدد الدوائر المدنية لتواجه تزايد الطعون المعروضة على المحكمة ، كما أوجد نظام الدوائر المختمة ليعالج وليحتاط الى ما قد يترتب على تعدد الدوائر من تناقض في المبادئ التي تقرها مختلف الدوائر المدنية ^(١) .

ولم يوجد المشرع الفرنسي دائرة العرائض غداة انشائه نظام النقض في التشريع الفرنسي ، وإنما انشئت هذه الدائرة بمقتضى المرسوم الصادر في ٢ برومير سنة ٤ من سني الثورة الذي أحلها محل مكتب العرائض الذي كان قائما في ذلك الحين ^(٢) . وكان أول تحديد واضح لاختصاص هذه الدائرة هو ما نصت عليه المادة ٦٠ من القانون الصادر في ٢٧ فتوزر سنة ٨ من سني الثورة ، فقد قضت بأن تكون دائرة العرائض إحدى دوائر محكمة النقض وجعلت لها الاختصاص النهائي برفض الطعن أو قبوله وحالته الى الدائرة المدنية ^(٣) .

وقد دفع المشرع الفرنسي الى انشاء هذه الدائرة عاملان : أولها اتاحة الفرصة أمام الدائرة المدنية للتفرغ لنظر الطعون الجدية دون أن يشغلها

(١) موريل في المرافعات سالف الإشارة إليه بند ١٠٨ ص ١١٠ و ١١١

(٢) موريل - المرجع السابق - وجارسونيه ووزير برو سالف الإشارة إليه ج ١

بند ١٠١ ص ١٦٨

(٣) جلاسون وتيسيه سالف الإشارة إليه ج ١ ص ٢٦١ بند ١٠٩

أو يضيغ من وقتها نظر طعون ظاهر عدم جديتها وواضح أنها ما رفعت
الا بقصد اطالة أمد النزاع أو لمجرد الأمل في الوصول الى تقض الحكم بسبب
ما قد تحدثه وقائع الدعوى من تأثير على القضاة . وثانيهما الرغبة في استقرار
الأحكام واحترام حجيتها وعدم تعريض الكثير منها للنقض لأسباب غالبا
ما تكون بعيدة الصلة بالحق ذاته من حيث ثبوته لأحد الطرفين دون الآخر (١).

على أنه ما أن وضع هذا النظام موضع التطبيق ، وبدأت هذه الدائرة
عملها حتى تبين أنها قد خرجت عن الحدود التي أرادها لها الشارع وأنها
قد أدخلت بالغرض الذي هدف اليه من انشائها فكان أن تعرض نظام دائرة
العرائض لتقيد شديد وبقي بين مؤيد ومعارض حتى الغاء التشريع الفرنسي
أخيرا في سنة ١٩٤٧ . وكانت حجة المؤيدين لبقاء دائرة العرائض أنها تعمل
على غربة الطعون وتصفيتها فتحول بين ما يكون منها غير مقبول أو متعين
الرفض وبين الوصول الى الدائرة المدنية وتحيل ما يستحق النظر منها وماتلمس
جديته الى الدائرة المدنية لتفصل فيه ، فيخفف بذلك عبء العمل على هذه
الدائرة الأخيرة وتستطيع أن توجه كامل جهدها الى الفصل في الطعون الجدية
وأن تهض تبعا لذلك بمهمتها على الوجه الأكمل . ويضيف هؤلاء المؤيدون
أنه لا ضرر على الطاعن من أن تصدر دائرة العرائض حكمها برفض طعنه
أو بعدم قبوله لأنها من جهة هيئة لا يقل أعضاؤها علما وخبرة عن أعضاء
الدائرة المدنية ، ولأنها من جهة أخرى لا تصدر حكمها الا بعد بحث مستوف
وبعد سماع أقوال الطاعن واستيفاء كل الضمانات التي تكفل له حرية الدفاع .
وكذلك لا ضرر على خصمه المطعون ضده من مرور الزمن بدائرة العرائض
لأنه ما دام لا يدعى للمرافعة أمامها فهو لا يتحمل من أعبائها أي حمل أو أية مؤونة
وأنها ان قصت برفض الطعن فقد انتهى الأمر وكسب الخصومة دون أن
يخوض نغارها . ولا يرى هؤلاء المؤيدون عيبا في مرور الطعون التي يقضى
بقبولها في النهاية بدائرتين قبلها كل منهما بعد بحث وتمحيص بل يرون فيها
مزية وضمانة تكفل حماية الأحكام النهائية من أن تمس بالنقض قبل بحثها بحثا
مزودجا بالغ الدقة ، ويغتفرون في سبيل تحقيق هذه الغاية مضاعفة المصاريف

(١) جارسونيه وسيزار برو المرجع السابق ج ١ بند ١٠٢ ص ١٦٨ و ١٦٩ وكيش Cache
الموجز في المرافعات (١٩٤٦ جان فانسان) الطبعة التاسعة ص ٦٩

لما يقابلها من سهولة الاجراءات وقلة النفقات في الصور التي تقضى فيها دائرة العرائض برفض الطعن . أما المعارضون لوجود هذه الدائرة فيقيمون معارضتهم على أساس أن هذه الدائرة - كما تكشف عنه العمل - تخرج عن مهمتها وعن الحدود التي أرادها لها الشارع ، فتدق في بحث الطعون وترفض كل طعن لا تراه ، في نظرها وعلى أساس من بحثها الكامل ، واجب القبول حتى ولو كان جديا ومحمّل القبول فتخرج عن مجرد تلمس الجدية الذي هو عملها الى تلمس وجه الحكم في المسألة وهو ما لا يدخل في اختصاصها أصلا . ورأوا - حسب ما وقعوا عليه من احصائيات - أنها ترفض ثلثي الطعون التي تعرض عليها مما أدى الى أن يكون لها قضاء ثابت في بعض المسائل القانونية بخالف قضاء الدائرة المدنية ذاتها ، وعلى هؤلاء المعارضون هذه الظاهرة بأنها ترجع الى شعور قضاة دائرة العرائض بأنهم لا يلقون شأنا ولا علما ولا خبرة عن قضاة الدائرة المدنية بحيث لا ينبغي أن يكون عملهم مقصورا على مجرد غلبة الطعون وتصفيتها باستبعاد ما كان منها ظاهر الرفض أو عدم القبول . ويقول جارسوني في هذا الصدد أنه ان أمكن نظريا تصور أن يقتصر عمل القاضي في دائرة العرائض على تلمس وجه الجدية الا أنه من الصعب عليه عملا أن يقف عند هذا الحد في بحثه للطعن المروض عليه الأمر الذي انتهى بدائرة العرائض عملا الى رفض الطعون على أساس ما يتبين لها من بحثها الكامل العميق للأسباب التي بنيت عليها^(١) .

وقد أعقب قيام نظام دائرة العرائض في فرنسا وما كشف عنه العمل من عيوبها أن بذلت محاولات جدية لالغائها في سنة ١٨٣٥ و ١٨٤٨ ، ١٨٨٠ وكذلك أوصت بهذا اللغاء لجنة اصلاح النظام القضائي الفرنسي التي أنشأتها الحكومة في سنة ١٨٧٠^(٢) ، ثم تجددت المحاولة في سنة ١٩١٠ وسنة ١٩٢٠

(١) جارسوني وسيزار برو المرجع السابق ص ١٧٠ وجلاسون وتيسيه المرجع السابق ص ٢٦١ و ٢٦٢ وحامد فهمي النقض في المواد المدنية سالف الإشارة إليه ص ٥٠ وهامش رقم ٢ صفحتي ٥٠ و ٥١

(٢) جلاسون وتيسيه المرجع السابق ج ١ ص ٢٦١ هامش رقم ١ وجارسوني وسيزار برو المرجع السابق ج ١ ص ١٦٩ هامش رقم ٣ البند رقم ١٠٢

وقد تمت مشروعات قوانين في البرلمان تهدف الى هذا الالغاء (١). الا أن هذه المحاولات قد باءت كلها بالفشل ، وكان السبب في ذلك راجعا الى موقف محكمة النقض الفرنسية التي جاهدت قدر استطاعتها للابقاء على هذا النظام (٢). الا أن موجة الاصلاح قد كتبت الغلبة في النهاية للمعارضين لقيام هذه الدائرة فانتهى الأمر بالغاءها في فرنسا بالقانون الصادر في ٢٣ يوليو سنة ١٩٤٧ لأن من شأنها تعطيل العمل من طريق عرض عدد كبير من الطعون على دائرتين . واستعاض المشرع الفرنسي عن هذه الدائرة بزيادة عدد الدوائر المدنية بالمحكمة وبالأخذ بنظام الدوائر المجمعة ليتلافى ما قد يؤدي اليه التعدد من تضارب في الأحكام ، فوفق بذلك بين كفالة الضمانات للمتقاضين وعدم ارهاق الدائرة المدنية مع احتياط في الوقت ذاته لتعارض الأحكام (٣).

٣ — تشكيل دائرة لخص الطعون والاجراءات المتبعة امامها :

قلنا أنه بمقتضى القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ عدل المشرع المصرى نظام محكمة النقض والاجراءات التي تتبع أمامها عند نظر الطعون المقدمة اليها في الأحكام الصادرة في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية . ويهدف جوهر هذا التعديل الى انشاء دائرة أو أكثر لفحص هذه الطعون قبل عرضها على الدائرة الخماسية فلا يعرض على هذه الدائرة الأخيرة الا الطعون التي تحيلها عليها دائرة فحص الطعون . ولما كان من شأن ادخال هذا النظام تعديل تشكيل المحكمة والاجراءات التي تتبع أمامها ، فقد تناول التعديل المادة الثانية من قانون نظام القضاء ، كما تناول المواد ٤٢٧ و ٤٢٩ و ٤٣١ و ٤٣٢ و ٨٨١ من قانون المرافعات ، فأضاف الى المادة ٤٢٩ فقرة

(١) جلاسون وتيسيه المرجع السابق ص ٢٦١ هامش رقم ١

(٢) وقد حدث في سنة ١٨٣٤ أن طلبت الحكومة إلى محكمة النقض الفرنسية إبداء الرأي في مشروع قانون لإصلاح النظام القضائي كان يتضمن إلغاء دائرة المرافعات . إلا أن المحكمة وأت بإجماع آراء أعضائها ضرورة الإبقاء على هذه الدائرة (أنظر جارسوني وسيزار برو المرجع السابق ج ١ ص ١٦٩) .

(٣) أنظر نصوص هذا القانون كاملة في مجموعة قانون المرافعات الفرنسية (مجموعات دالوز) سنة ١٩٥٢ ص ٣٩٩ وما بعدها .

أخيرة أما بالنسبة للمواد الأخرى فقد استبدل بنصوصها القديمة نصوصاً جديدة . كما أضاف التعديل مادة جديدة هي المادة ٤٣٢ مكررة . وعاجلت المادة ٥ من التعديل الوضع بالنسبة للطعون القائمة قبل تاريخ العمل بهذا القانون والتي عين فيها مستشار مقرر أو لم يعين . ثم عاجلت المادة ٦ موضوع الرسوم المستحقة على طلبات وقف التنفيذ . وأخيراً نصت المادة ٨ على أن يعمل بهذا التعديل من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية وقد نشر في عدد خاص بتاريخ ٢٠ أغسطس سنة ١٩٥٥ وأصبح بذلك ساري المفعول من هذا التاريخ

ويمكن بيان فحوى التعديل فيما يلي :

(أولاً) ما ورد على المادة ٢ من قانون نظام القضاء من تعديل : تناول التعديل الفقرة الثانية من هذه المادة فأضاف الى الدائرتين المدنية والجنائية دائرة أو أكثر لفحص الطعون في المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية يرأسها رئيس المحكمة أو أحد الوكيلين . وأضاف التعديل فقرة جديدة تنص على أن تصدر الأحكام والقرارات من دائرة فحص الطعون من ثلاثة مستشارين تنتخب الجمعية العمومية للمحكمة عضويتها من بين المستشارين الذين أمضوا بها سنتين على الأقل . وقالت المذكرة الإيضاحية في ذلك أن المشرع قد قصد بإشتراط مضي هذه المدة وبجعل الرئاسة للرئيس أو أحد الوكيلين أن يكون لأعضاء الدائرة سابقة تمرس بعمل المحكمة مدة كافية حتى يكفل للمتقاضين بذلك ضمانات حقة^(١).

(ثانياً) الإضافة التي قررها القانون الجديد للمادة ٤٢٩ من قانون المرافعات : أوجبت المادة ٤٢٩ مرافعات - بعد تعديلها - على الطاعن أن يودع قلم الكتاب بمحكمة النقض وقت التقرير الأوراق الآتية :

١ - صورة من الحكم المطعون فيه مطابقة لأصله أو الصورة المعلقة منه ان كانت قد أعلنت ، إذ ليس هناك ما يمنع من الطعن بالنقض في حكم لم يعلن بعد الى الطاعن .

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ وقد نشرت بالنبذة التشريعية التي تصدرها وزارة العدل بعد أغسطس سنة ١٩٥٥ ص ١٨٣٦ وما بعدها .

٢ - صورة من الحكم الابتدائي اذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال اليه في أسبابه . والذي يحصل عملا أن يقدم هذا الحكم في أغلب الأحوال اذ لا يكاد يخلو الحكم المطعون فيه من احواله الى الحكم الابتدائي سواء ضاقت دائرة هذه الاحالة أو اتسعت .

٣ - المستندات المؤيدة للطعن ان كانت هناك ثمة مستندات من هذا القبيل ، اذ كثيرا ما تكون أوجه الطعن قانونية صرفة تتصل بمناقشة مبدأ قانوني معين وتكون تبعا لذلك في غنى عن أى مستند يؤيدها .

ووجه التعديل بالاضافة الى هذه المادة أنها عجلت بإبداع الحكم المطعون فيه والحكم الابتدائي اذا كانت هناك احواله الى أسبابه ، والمستندات المؤيدة للطعن . فأوجبت على الطاعن أن يقوم بإبداعها مع التقرير ، دون المذكرة الشارحة كما كان عليه الحال من قبل التعديل ، اذ أخرت تلك المذكرة حين احواله القضية الى الدائرة الخامسة بقرار من دائرة فحص الطعون . والمقصود بهذا التعديل هو ائاحة الفرصة أمام دائرة الطعون لفحص التقرير بالطعن مستجمعا كل عناصره حتى تستطيع أن تبين جديته وان تحقق الحالة التي تؤدي الى احواله الطعن الى الدائرة الخامسة لأن الطعن جدير بذلك أو ترفضه لما تراه من بحثها من أنه غير مقبول شكلا أو باطل أو غير جدير بالعرض على تلك الدائرة .

(ثالثا) نص جديد للمادة ٤٣١ مرافعات : وقد جاء هذا النص الجديد بتعديل جوهري في أحكام هذه المادة . فقد كان نصها قبل تعديلها يوجب اعلان الطعن الى جميع الخصوم الذين وجه اليهم وذلك في خلال الخمسة عشر يوما التالية لتقرير الطعن والا كان الطعن باطلا وحكت المحكمة بطلانه من تلقاء نفسها . فجاء التعديل بوضع جديد اذ نص على اتباع الخطوات التالية بعد التقرير بالطعن :

١ - يقوم قلم الكتاب بارسال ملف الطعن للنيابة العامة فورا حتى تقوم بإبداع مذكرة بأقوالها وذلك في أقرب وقت مراعية في ذلك ترتيب الطعون بالجدول .

٢ - بعد أن تقوم النيابة بإبداء مذكرتها يعين رئيس المحكمة أحد أعضاء دائرة فحص الطعون مقررا في الدعوى ويحدد الجلسة التي تنظر فيها القضية .

٣ - ثم يقوم قلم كتاب المحكمة بإخبار عماد الطاعن بتاريخ الجلسة قبل موعدها بأسبوع على الأقل وذلك بموجب كتاب موصى عليه .

ويلاحظ أن التعديل قد استبعد النص في هذه المادة على البطلان اذ لم يعد هنالك محل ، لأن التكاليف المفروضة بهذه المادة مفروضة على قلم الكتاب والنيابة ، فلا يتصور أن يتحمل الطاعن مغبة تقصيرهما أو خطئهما .

كما أنه ليس هنالك اعلان للمطعون ضده ، اذ آخر ذلك الى ما بعد صدور قرار دائرة فحص الطعون باحالة الطعن الى الدائرة الخامسة . ذلك أن المشرع - كما تقول المذكرة الايضاحية للقانون - لم ير محلا لازعاج المطعون ضده ، والذي بيده حكم نهائي صادر لمصلحته ، من قبل أن تبين صلاحية الطعن للنظر أمام الدائرة الخامسة . ولا ضرر عليه من عدم دعوته أمام دائرة فحص الطعون اذ لو رفض الطعن فهذا في مصلحته ، واذا أحيل للدائرة التي تنظره نهائيا فأمام المطعون ضده كل الخطوات التي تكفل له الاستعداد وتقديم دفاعه ومستنداته على ضوء التقرير الذي سيعلن اليه عندئذ وعلى ضوء المذكرة الشارحة التي ستودع في المرحلة الثانية . ولنا عودة الى الكلام على هذه النقطة عند بيان عيوب نظام دائرة الطعون .

(رابعا) نص جديد للمادة ٤٢٧ مرافعات : اقتصر التعديل على ما يلي :

١ - جعل الاختصاص في وقف التنفيذ لدائرة فحص الطعون دون غيرها ، والى حين اصدار حكمها أو قرارها .

٢ - أوجب أن يكون قرار وقف التنفيذ بإجماع الآراء .

٣ - قضى بالزام الطاعن بمصروفات طلب وقف التنفيذ عند رفضه اذ قد تقرر له رسم .

ويلاحظ على النص الجديد قوله أنه يجوز لدائرة فحص الطعون ، الى حين اصدار حكمها أو قرارها ، ان تأمر بوقف التنفيذ . وهذا واضح بالنسبة للحكم الذى يصدر منها برفض الطعن ، ولكن هل ينتهى العمل بقرارها بوقف التنفيذ حين اصدار قرارها بالاحالة على الدائرة الخامسة ، عندى أن هذا غير مقصور ولا يستقيم مع جعل الاختصاص بوقف التنفيذ للدائرة الثلاثية للتخفيف على الدائرة الخامسة والتعجيل بنظر هذا الطلب لما له من صفة الاستعجال ، فالأمر اذن لا يعدو مجرد عدم دقة فى الصياغة . وعلى ذلك يبقى قرار دائرة فحص الطعون بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه قائما لحين الفصل نهائيا فى الطعن من الدائرة الخامسة فى حالة الاحالة اليها .

(خامسا) نص جديد للمادة ٤٣٢ مرافعات : كان النص القديم لهذه المادة مقتصرًا على تكليف الطاعن أن يودع قلم كتاب المحكمة خلال عشرين يوما من تاريخ الطعن الأوراق الآتية :

١ - أصل ورقة اعلان الطعن الى الخصوم .

٢ - صورة من الحكم المطعون فيه وصورة من الحكم الابتدائي اذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال اليه فى أسبابه .

٣ - مذكرة شارحة لأسباب الطعن الميينة فى التقرير ..

٤ - المستندات المؤيدة للطعن .

فجاء التعديل مستخدما رقم هذه المادة لغرض آخر يتطلبه الوضع الجديد الناشئ عن ايجاد دائرة جديدة لفحص الطعون ، وأرجئت اجراءات اعلان الاحالة وتقرير الطعن والدفاع الكتابي بالمذكرات لتواجه بعد احالة الطعن الى الدائرة الخامسة وقيام الطاعن باعلان تقرير الطعن الى المطعون ضده وايداع المذكرة الشارحة وايداع مذكرة المطعون ضدهم وذلك كله فى المادة التالية والتي أضيفت برقم ٤٣٢ مكررة وسوف يأتي الكلام عنها فيما بعد .

وفىما يلى فحوى ما تضمنته النص الجديد للمادة ٤٣٢ مرافعات منظما نظر الطعن أمام دائرة فحص الطعون الى استحدثها :

١ - تنظر دائرة فحص الطعون بعد أن يتلو المستشار المقرر تقريره وقد أجاز القانون للدائرة أن تسمع محامي الطاعن والنيابة العامة وتكون النيابة آخر من يتكلم . وتسرى القواعد المقررة لنظر الطعن أمام دائرة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية على الطعن أمام دائرة فحص الطعون وذلك طبعاً ما لم ينص القانون على قاعدة خاصة أو إجراء معين يتبع أمام دائرة فحص الطعون .

ولكن ما الحكم إذا حضر المطعون ضده في الجلسة المحددة بالرغم من أنه لا يعلن بها . وهل يصح له أن يثبت حضوره في الجلسة وأن يطلب رفض الطعن ، وهل يصح للدائرة أن تستمع إلى أقواله أو أن تثبت ما عساه أن يتقدم به من طلبات . وذلك على أساس أنه ، وإن كان لا يعلن ، إلا أنه خصم في الطعن ومحتصم في تقرير الطعن من غير شك وله مصلحة ثابتة في الحكم برفض الطعن وفي التعجيل بهذا الرفض حتى لا يبقى مهدداً في حكم صادر لمصلحته لفترة طويلة .

ليس في المذكرة الإيضاحية للقانون أكثر من أن المطعون ضده لا يعلن في هذه المرحلة التي يمر بها الطعن أمام دائرة فحص الطعون ، ولكن ليس فيها ولا في نصوص القانون منع له من الحضور ، بل أن عدم اعلانه مقرر أصلاً لمصلحته حتى لا ترعجه الإجراءات من قبل أن تثبت صلاحية الطعن للعرض على الدائرة الحماسية . على أن الظاهر أن المشرع قد أراد إبعاد المطعون ضده عن متابعة الدعوى أمام هذه الدائرة حتى لا ينقلب الأمر إلى خصومة كاملة قد تضيق معها الفائدة التي توخاها من وراء ادخال هذا النظام من حيث سرعة الفصل في الطعون وتخفيف إجراءات الفصل فيها وكتابة الأحكام الصادرة بالرفض أو الإحالة (١) .

٢ - فإذا رأت دائرة فحص الطعون بعد نظرها للطعن أنه جدير بالعرض على الدائرة الحماسية :

(١) وعلى ذلك ترى - أخذاً بمفهوم النص وتمشياً مع روح التشريع - أنه لا يحق للمطعون ضده الحضور أمام دائرة فحص الطعون ، ولا يجوز للدائرة ، إن هو حضر ، أن تثبت حضوره أو تعتبره أو أن تستمع إلى ما قد يديه من طلبات حتى ولو قبل الطاعن حضوره أو لم يمانع في إبدائه لطلباته لأن الأمر يتعلق هنا بالنظام العام .

(١) اما لأن الحكم المطعون فيه مرجح نقضه .

(ب) واما لأن الفصل في الطعن يقتضى تقرير مبدأ قانوني جديد لم يسبق لمحكمة النقض تقريره ، قررت احالة الطعن الى الدائرة الخامسة . ويكفى في تقرير هذه الاحالة أن تتوفر لها أغلبية الآراء . وتتعين على الدائرة الاحالة اذا رأت أن الطعن وإن كان واجب الرفض الا أن الفصل فيه يقتضى تقرير مبدأ قانوني لم يسبق لمحكمة النقض تقريره وذلك تحقيقا لمهمة محكمة النقض في تفعيد القواعد القانونية وتوحيد كلمة القانون .

أما اذا رأت الدائرة بإجماع الآراء أن الطعن :

(١) غير مقبول شكلا .

(ب) أو رأت أنه باطل .

(ج) أو رأت أنه غير جدير بالعرض على الدائرة الخامسة حكمت برفض الطعن .

وقد رأى المشرع في اشتراط الاجماع ضمانا كافيا للطاعن لأنه يمثل هذا الاجماع من ثلاثة يمكن أن يرفض الطعن عند نظره أمام الدائرة الخامسة ويلاحظ أخيرا أنه اذا لم يتعقد الاجماع وجبت احالة الطعن الى الدائرة المدنية .

٣ - ورغبة من المشرع في تبسيط الاجراءات وتوفير الجهد على مستشاري المحكمة نص في المادة ٤٣٢ مرافعات على أن يكتفى في كل الأحوال بذكر القرار بالاحالة أو الحكم برفض الطعن لعدم جديته أو لعدم قبوله شكلا أو لبطلانه بمحضر الجلسة . على أنه اذا كان الحكم صادرا برفض الطعن وجب على المحكمة أن تبين بإيجاز في المحضر وجهة نظرها . ويبدو أن المشرع قد أراد بذلك أن يستوثق من جدية الأحكام الصادرة بالرفض .

ويجوز أن تكون الاحالة مقصورة على بعض الأسباب دون بعضها الآخر وعندئذ لا يثار أمام الدائرة الخامسة الا ما قبل من الأسباب وأحيل اليها .

وفي حالة الحكم بالرفض يلزم الطاعن بمصروفات الطعن وتصادر الكفالة
حتمًا بعد أن كان الأمر جوازيا في ظل النظام القديم ، ثم عاد المشرع أخيرا
فجعله وجوبيا كذلك بالنسبة للدائرة الخامسة^(١)

ورغبة من المشرع في أن تكون دائرة فحص الطعون اداة فعالة
في التخفيف على الدائرة المدنية وقطع دابر كثير من الطعون فقد نص على أنه
لا يجوز الطعن في الحكم الصادر منها برفض الطعن بأى طريق من طرق الطعن.

(سادسا) نص جديد للمادة ٨٨١ فقرة أخيرة مرافعات : تنص
هذه المادة في فقرتها الأولى على ميعاد الطعن بالنقض في مسائل الأحوال
الشخصية وهو ثمانية عشر يوما من تاريخ النطق بالحكم اذا كان حضوريا ،
فاذا كان غيابيا بدأ الميعاد من اليوم الذى تصبح فيه المعارضة غير مقبولة ،
وهذه الفقرة لم يرد عليها أى تعديل ولا مقتضى لأى تعديل فيها استنادا
الى الاعتبارات التى أوضحت بالتعديل الذى تناول (اجراءات) الطعن بالنقض
والذى لا شأن له بحكم هذه الفقرة .

أما الفقرة الأخيرة من المادة ٨٨١ مرافعات فكانت توجب على الطاعن ،
من قبل تعديلها ، أن يودع قلم الكتاب بمحكمة النقض خلال الميعاد الوارد
في الفقرة الأولى ، الأوراق المبينة في المادة ٤٣٢ بند ثانيا وثالثا ، أى صورة
من الحكم المطعون فيه مطابقة (لأصله) وصورة من الحكم الابتدائى اذا كان
الحكم المطعون فيه قد أحال اليه في أسبابه ومذكرة شارحة لأسباب الطعن
المبينة في التقرير والمستندات المؤيدة له . ولما كانت المادة ٤٣٢ مرافعات
قد استبدل بنصها القديم نص جديد يواجه (الحالة) والاجراءات التى تطلبها انشاء
دائرة خاصة لفحص الطعون بحيث أصبحت الاحالة اليها وحدها لا تستقيم ،
كما أنه تجب الاحالة على الفقرة الأخيرة الجديدة من المادة ٤٢٩ مرافعات
لمواجهة الاضافة التى أدخلت على هذه المادة . لذلك جاء نص (الفقرة) الأخيرة
من المادة ٨٨١ مرافعات بعد تعديله بحيث يحقق ذلك كله على الوجه الآتى :

(٢) وذلك بمقتضى القانون رقم ٣٠٦ لسنة ١٩٥٦ الصادر في ١٣ أغسطس سنة ١٩٥٦
والذى عدل حكم المادة ٤٤٦ مرافعات بحيث أصبحت مصادرة الكفالة أمرا وجوبيا عند الحكم
بعدم قبول الطعن أو برفضه وكان الأمر قبل ذلك وجوبيا بالنسبة للدائرة الخامسة كما أسلفنا
في المتن .

(١) أوجب النص على الطاعن أن يودع قلم كتاب محكمة النقض وقت التقرير الأوراق المينة في المادة ٤٢٩ فقرة أخيرة بنصها الجديد وهي : صورة الحكم المطعون فيه مطابقة لأصله ، وصورة من الحكم الابتدائي إذا كان الحكم المطعون فيه قد أحال إليه في أسبابه والمستندات التي تؤيد الطعن . وتودع هذه الأوراق كلها قلم الكتاب وقت التقرير بالنقض .

(ب) نصت هذه الفقرة الأخيرة من المادة ٨٨١ مرافعات على أن تجرى على الطعن أحكام المواد ٤٣١ و ٤٣٢ (السابق الكلام عنها بنصها الجديد) ، والمادة ٤٣٢ مكررة التي أضيفت بالتعديل الجديد لنظام الطعن بالنقض وهي التي تنظم الاجراءات بعد صدور قرار من دائرة فحص الطعون بالاحالة الى الدائرة الخامسة ، وسوف يأتي الكلام عنها تفصيلا فيما بعد .

(سابعاً) : نص جديد للمادة ٨٨٢ مرافعات : قصد بهذا النص الجديد مواجهة الإجراءات بعد صدور قرار الاحالة على الدائرة الخامسة بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية . فالزم قلم الكتاب بأن يؤثر بهذا القرار على تقرير الطعن . كما نصت المادة في وضعها الجديد على اتباع الخطوات الآتية :

- ١ - يعين رئيس المحكمة الأشخاص الذين يعلنون الطعن .
- ٢ - ويحدد لهم أجلا يقدمون فيه دفاعهم ومستنداتهم .
- ٣ - وبعد انتهاء هذا الأجل يحدد جلسة لنظر الطعن وله عند الاقتضاء الأمر بضم ملف المادة أصادر فيها الحكم المطعون فيه .
- ٤ - ويعلن قلم الكتاب من تقرر اعلانهم بتقرير الطعن ويخبر حمای الخصوم بتاريخ الجلسة المحددة قبل انعقادها بثمانية أيام على الأقل بكتاب موصى عليه .

وبمقارنة النص الجديد لهذه المادة بالنص القديم يتبين أنه ليس هناك فارق جوهري بين النصين غير مواجهة نتائج إنشاء دائرة فحص الطعون وحققها

في زفض الطعن أو احالته ، فجعل المشرع الإجراءات تجري بعد صدور قرار الاحالة من دائرة فحص الطعون الى الدائرة الخامسة بدلا من جريانها بعد انقضاء الميعاد الوارد في المادة ٨٨١ مرافعات .

(ثامناً) : نص المادة الجديدة التي أضيفت لقانون المرافعات برقم ٤٣٢ مكرر : قصد بالفقرة الأولى من هذه المادة أن تواجه الإجراءات التي يتعين اتباعها على أثر صدور قرار الاحالة من دائرة فحص الطعون ، وهي ترسم الخطوات الآتية :

- ١ - يؤشر قلم الكتاب بقرار الاحالة على تقرير الطعن .
- ٢ - ويقوم الطاعن بإعلان الطعن الى جميع الخصوم الذين وجه الطعن إليهم مؤشراً عليه بقرار الاحالة وذلك في الخمسة عشرة يوماً التالية لقرار الاحالة ، ويكون هذا الإعلان بورقة من أوراق المحضرين وبالأوضاع العادية .
- ٣ - وعلى الطاعن أن يودع خلال الخمسة أيام التالية لإنقضاء الميعاد السابق أصل ورقة إعلان الطعن ومذكرة بشرح أسباب الطعن الميينة في التقرير .

ويلاحظ في التعقيب على هذه الفقرة أن القانون يوجب على الطاعن إعلان الطعن الى جميع الخصوم الذين وجه الطعن إليهم في فترة معينة تتلو قرار الاحالة مباشرة ، وكان الواجب يقضى بأن يقوم قلم الكتاب بإخطار الطاعن بقرار الاحالة ليبدأ الميعاد في حقه حتى لا يضطر الطاعن الى أن يتابع قرار الاحالة للتأكد من صدوره ، كما أن مدة الخمسة أيام التي حددت لإيداع أصل ورقة إعلان الطعن والمذكرة الشارحة هي مدة قصيرة للغاية .

أما الفقرة الثانية من هذه المادة الجديدة فتجيز أن يكون من بين أعضاء دائرة المواد المدنية والتجارية ومسائل الأحوال الشخصية من أشترك من أعضاء دائرة فحص الطعون في إصدار قرار الاحالة . وتقول المذكرة الايضاحية في تقرير هذا الحكم أن الواضح من نصوص القانون ومن مهمة دائرة فحص الطعون ومن الاجراءات التي تتبع أمامها أنه لا تعارض بين العمل في هذه

الدائرة وبين العمل في دائرة المواد المدنية وأنه اجبز أن يشترك في دائرة المواد المدنية من سبق له الإشتراك في إصدار قرار الاحالة . ويمكن القول في تبرير اجازة هذا الإشتراك أنه ليس ثمة حرج أو تعارض فيه إذ ليس لمؤلاء رأى سابق يفيد رفض الطعن أو قبوله وأن رأيهم في الاحالة قائم على الترجيح دون اليقين ولا يتطلب الشارع منهم أسباباً يمكن أن توحى بإتجاه معين . على أنه من ناحية أخرى يمكن القول بأن الاحالة للترجيح تكشف عن إتجاه القاضي مما قد ينم عن اقتناعه برأى معين .

(تاسعا) أثر احكام التعديل على الطعون السابقة عليه : واجهت المادة ٥ من القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ الصادر بالتعديل هذا الوضع في صورتين :

الأولى - أن يكون تاريخ العمل بهذا القانون قد جاء بعد أن عين في قضية الطعن مستشار مقرر . فنصت المادة في فقرتها الأولى على عدم سريان أحكام القانون الجديد على هذا النوع من القضايا . وهذا الحكم سليم لأن القضية وقد بلغت هذا المبلغ تكون قد تهيأت للفصل فيها فلا تكاد تحتاج من المحكمة الا جلسة واحدة تسمع فيها مرافعة الخصوم . وفي تطبيق هذا النظام الجديد عليها تعطيل للفصل فيها وعودة بها الى البداية من جديد .

الثانية - ان تكون الطعون قد قلمت قبل تاريخ العمل بالقانون ولكن لم يعين فيها مستشار مقرر ، فنصت المادة في فقرتها الثانية على استمرار اجراءاتها وفق المواد ٤٣١ الى ٤٣٨ فقرة اولى قبل التعديل الذي استحدثه القانون . وبعد أن تودع النيابة العامة مذكرة باقوالها يعين رئيس المحكمة أحد أعضاء دائرة فحص الطعون مقررا ، فاذا رأت هذه الدائرة ، أى دائرة فحص الطعون ، ان الطعن جدير بالعرض على الدائرة الحماسية قررت احواله اليها لجلسة تحددها هي ، أى دائرة فحص الطعون ، ويخبر بها قلم الكتاب الخصوم بكتاب موصى عليه قبل الجلسة المحددة بخمسة عشر يوما على الأقل.

ولم تتكلم المادة عن حالة ماذا تبين لدائرة فحص الطعون أن الطعن في هذه الحالة غير جدير بالعرض للأسباب المختلفة التي نصت عليها المادة ٤٣٢ مرافعات بنصها الجديد . ولكن مفهوم المخالفة يقضى بأن لما الحق في رفض الطعن اذا جاءه الرفض بإجماع الآراء واثبات قرارها مع وجهة نظرها في الرفض في محضر الجلسة بإيجاز وفق ما تقتضى به المادة ٤٣٢ مرافعات بعد تعديلها .

(عاشرا) فرض رسم على طلب وقف للتنفيذ : أضاف التعديل فقرة أخيرة الى المادة الرابعة من القانون رقم ٩٠ سنة ١٩٤٤ الخاص بالرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية والقوانين المعدلة له ، وهذه الاضافة تقضى بفرض رسم ثابت قدره ٨٠٠ ثمانمائة قرش على طلبات وقف التنفيذ أمام محكمة النقض (دائرة الطعون) . وليس في هذه الاضافة بدع فقد سبق تقرير رسم على وقف التنفيذ امام محكمة القضاء الادارى بقصد الحد من مثل هذه الطلبات وقصرها على الطلبات الجدية دون غيرها (١) .

٤ — مقتضيات هذا التعديل الذى أدخل على نظام النقض :

ذكرت المذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم ٤٠١ لسنة ١٩٥٥ الذى جاء بالتعديل المقتضيات التى دعت اليه فنسبتها الى الزيادة المطردة في عدد الطعون اذ بعد ان كان عددها في الماضي لا يجاوز المائة في كل عام زادت عن ضعف هذا العدد في الخمسة شهور الأولى من العام الماضى (سنة ١٩٥٤) . ثم اطردت الزيادة في هذا العام (١٩٥٥) فبلغت الطعون في هذه الفترة مائتين واربعة وستين طعنا ، بجانب ما أضيف من اختصاصات الى الجمعية العمومية أو للدائرة المدنية ، كالطعون التى ترفع من رجال القضاء أو قضايا تنازع الاختصاص أو الطعون في الانتخابات النقاية ، أو طلبات وقف التنفيذ التى بلغت في سنى ١٩٥٢ و ١٩٥٣ و ١٩٥٤ عدد ٦٥ و ٥١ و ٦٦ على التوالي وبلغت ٤٧ في المدة من يناير حتى ١٦ يونيو سنة ١٩٥٥ ، ورغم ما بذله المستشارون من جهد متصل وازدياد عدد الطعون التى فصل فيها في السنوات الثلاث الأخيرة حتى بلغت ٢٥٣ و ٢٩٨ و ٢٩٥ على التوالي عدا قضايا وقف التنفيذ والقضايا الأخرى ؛ رغم ذلك كله ادت هذه الكثرة في عدد الطعون الى تأخر الفصل في القضايا سنوات اربت على الثلاث ، وأخذ عدد الباقي يزداد في اطراد حتى بلغ في السنوات الأخيرة ٩٩٠ و ١١٠٠ و ١٢٥٤ على التوالي بعد ان كان في الماضي يتراوح بين الخمسين والثمانين ، مع أن ماتقبله محكمة النقض من الطعون لا يجاوز الثلث على وجه التقريب .

(١) وان كنا نشك كثيرا في أن فرض مثل هذا الرسم سيكون من شأنه الحد من هذه الطلبات ، ذلك أن من بلغ بدعواه مبلغ محكمة النقض ، متحملا بذلك أقصى نفقات التقاضى ، لا يحول بينه وبين طلب وقف التنفيذ عادة مثل هذا الرسم ، وخاصة أولئك الذين يبلغ بهم لدد الخصومة مثل هذا المبلغ والذين هم في الغالب أصحاب الطعون الكليدية التى أريد بفرض الرسم الحد منها .

وقد رأى المشرع - كما يتضح من المذكرة الايضاحية - ان خبر علاج يكفل سرعة الفصل في الطعون ، مع كفالة جميع الضمانات الحقة للمتقاضين ، وتجنب العيوب التي لوحظت في النظام الشبيه به الذي كان متبعاً في فرنسا ، هو انشاء دائرة لفحص الطعون تنسم ببساطة الاجراءات على الوجه المبين في التعديل والذي اسلفنا بيانه ، وأخصها جعل الدائرة مكونة من ثلاثة مستشارين ثم الزام الطاعن أن يقدم مع تقرير الطعن مايجب عليه تقديمه من اوراق ثم ارسال الملف للنيابة فوراً لابداء رأيها في أقرب وقت ثم تعيين المستشار المقرر ، وعلى أثر تقديم تقريره تحدد جلسة لنظر الطعن ، والاذن للمحكمة بالاكتفاء بما هو مدون كتابة والمضى في اصدار حكمها أو قرارها اذا لم تجد حاجة لاستجلاء ماوردته الأوراق ، وعدم اعلان المدعى عليه في الطعن في هذه المرحلة على أساس عدم ازعاجه باجراءات قد تنتهى لصالحه .

وذكرت المذكرة الايضاحية الضمانات المؤدية لاحقاق الحق حتى لا يتأثر بهذا التعديل ، فاشارت الى ضرورة ان يكون الحكم الصادر من دائرة فحص الطعون برفض الطعن بالإجماع والا وجبت احالة الطعن على الدائرة الخامسة .

كما ذكرت المذكرة الايضاحية أنه روعي في الفحص الذي تتولاه دائرة فحص الطعون أمران : أولهما مصلحة الخصوم أي جدية الطعن ، وثانيهما مصلحة القانون . فاذا تبين لها أن الطعن مرجح القبول احالته الى الدائرة الخامسة ، وكذلك يتعين عليها أن تفعل اذا رأت أن الطعن - مع وجوب رفضه - يقتضى الفصل فيه تقرير مبدأ قانوني لم يسبق لمحكمة النقض تقريره ، وذلك تحقيقاً لمهمة محكمة النقض في تقعيد القواعد القانونية وتوحيد كلمة القانون ، وانتهت المذكرة من ذلك الى أن دائرة فحص الطعون لا ترفض من الطعون الا العقيم الذي لا يعود بكسب على رافعه ولا بغنم للقانون .

تلك هي مقتضيات التعديل كما رآها الشارع وكما أفصح عنها في المذكرة الايضاحية ، فهل هي حقاً كافية لتبرير الأخذ بهذا النظام الذي أسلفنا بيانه وأسلفنا كيف زهدت فيه فرنسا وهي البلد الذي أنشأته أول الأمر وقصدت

به الى مثل ما قصد اليه المشرع المصرى . وهل وفق المشرع فى اختيار الحل المناسب لعلاج الزيادة المطردة فى الطعون التى ترفع الى المحكمة العليا . أم كانت هناك حلول أخرى كان من الممكن أن توصل الى الغرض الذى توخاه الشارع من الأخذ بهذا النظام . ذلك ما نحاول أن نتبينه فى نقدنا لهذا النظام الذى اختاره المشرع المصرى حلا للمشكلة التى تعانها محكمة النقض .

٥ - نقد التشريع الذى أنشأ دائرة فحص الطعون ورتب اجراءاتها :

قدمنا فى بداية هذا البحث أن هذه الدائرة التى أنشأها المشرع المصرى فى محكمة النقض كانت قائمة فى حقيقة جوهرها فى النظام الفرنسى حتى الغاها التشريع هناك فى سنة ١٩٤٧ بعد أن ثبت أنها اداة معطلة للفصل فى الطعون وبعد أن استبان عيوبها وكشف العمل عن مبلغ ضررها . وقلنا أنه لذلك كان مدعاة للتأمل لتجاء المشرع المصرى أخيرا الى الأخذ بهذا النظام وكان من الحق علينا أن نتبين وجه الضرورة أو الفائدة التى تعود على نظام النقض من الأخذ بهذا النظام .

يتبين من الرجوع للمذكرة الايضاحية لهذا التعديل أن الأمر لا يعدو علاج تكاثر الطعون وإيجاد علاج يكفل سرعة الفصل فيها ، ويظهر أن واضعى هذا التعديل اقتنعوا بأن انشاء دائرة لفحص الطعون هو خير علاج لهذه الحالة مع كفالة جميع الضمانات الحققة للمتقاضين وتجنب العيوب التى لوحظت فى النظام الشبيه به الذى كان متبعاً فى فرنسا ، اذ حرصت المذكرة الايضاحية على بيان ما اتسم به الوضع الجديد من بساطة فى الاجراءات كما ذكرت الضمانات المؤدية لاحقاق الحق فى نظر واضعى التعديل .

ومهما قيل فى الدفاع عن هذا التعديل والتنويه بمزاياه وتعداد الضمانات التى كفلها للمتقاضين ، فإنى أرى أن هذا التعديل لم يكن له ما يبرره كما انى أشك فى أنه سيأتى بالتأخير المأموله التى كانت سببا فى استصداره ، كما انى لا أطمئن الى تلك الضمانات التى أوردتها من حيث

أنها تفتى عن الضمانات التي كفلها نظام النقض قبل إنشاء هذه الدائرة
الجديدة والتي اضطرت المشرع الى الانتقاص منها لمواجهة مقتضيات التعديل
الذى أنشأ دائرة فحص الطعون .

فالأحصائية التي أوردتها المذكرة الإيضاحية من حيث تزايد عدد
الطعون حتى بلغت في سنة ١٩٥٥ عدد ٢٦٤ في خمسة الشهور الأولى
من العام بعد أن كانت ٢٠٢ في العام السابق عليه ، وما وضع على عاتق
الجمعية العمومية والدائرة المدنية من أعباء أخرى كالطعون التي ترفع
من رجال القضاء أو قضايا تنازع الاختصاص أو الطعون في الانتخابات
النقابية ، وهي في ذاتها قليلة^(١) ، أو طلبات وقف التنفيذ بالارقام
التي ذكرتها المذكرة الإيضاحية ، كل ذلك لا يبرر استحداث نظام تبين
عدم صلاحته على ضوء تجربة طويلة انتهت بالفائه وقيل في تعطيل الفائه
أنه كان من شأنه تعطيل الفصل في القضايا بسبب عرض مجموعة كبيرة
من الطعون على درجتين ، وكان في قدرة التشريع الفرنسي الذي ألغى
الدائرة المقابلة لها في فرنسا أن يستبقها مع اصلاح عيوبها ولكنه رأى
أن النظام في ذاته غير صالح وغير مجد فالفاه .

وعندى أنه كان من المتيسر معالجة كثرة الطعون وتأخر الفصل فيها بزيادة
عدد الدوائر المدنية كما فعل قانون نظام القضاء قبل تعديله ، أو بزيادة جلسات
أو بالأمرين معا . فيتضاعف عدد الطعون التي يفصل فيها أو يزيد دون خفض
من الضمانات القائمة ودون إيجاد اجراءات قد تكون ببساطتها وسرعة تواليها
مما لا تؤمن مغبته ، سواء بالنسبة لصوالح الخصوم أو لصالح القانون ذاته
الذى أوجد محكمة النقض لتقعد القواعد وتستقر بقضائها المبادئ بجانب اصلاح
عيب الأحكام النهائية .

ومع ذلك لا أظن أن البساطة والسرعة التي أحيط بها إنشاء دائرة فحص
الطعون ستؤدي الى سرعة إنجاز الفصل في الطعون ، إذ لم يكن التأخر في الفصل
فيها راجعا لطول الإجراءات أو تعقدها أو تراخي الخصوم في القيام بها ،

(١) بل أنها تكاد أن تكون فادرة في الفترة الأخيرة فضلا عن أن قضايا تنازع الاختصاص
قد ضاقت دائرتها بحيث لا ينتظر أن تعرض على المحكمة العليا إلا فيها ندر وذلك بعد توحيد جهات
قضاء الأحوال الشخصية التي كانت سبباً في أغلب قضايا التنازع ان لم يكن كلها .

فالقضاء على هذا كله كان مكفولاً في النظام الذي كان قائماً قبل إدخال هذا التعديل بالمواعيد والجزاءات الحاسمة التي أوجدها القانون ورتب البطالان حما ومن تلقاء نفس المحكمة كجزاء على الاخلال بها ، ولذلك كان ينتهي تحضير الطعن فيما يتصل بالجصوم في وقت مبكر مع تبادل أوجه الدفاع كاملة مؤيدة بالمستندات التي اتسع الوقت لتحضيرها وإيداعها ، ومع ذلك كانت القضية تبقى معلقة فترة طويلة تمتد إلى سنتين أو أكثر قبل تحديد جلسة لها وكثيراً ما كانت النيابة العامة تقدم مذكرتها ولا يحدد موعد لنظر القضية إلا بعد فترة طويلة الأجل . مما يدل على أن بساطة الإجراءات أو إنجازها لن يكون له دخل في إنجاز الفصل في الطعون . وإنما سرعة الفصل في الطعون مع استبقاء كل الضمانات التي تكفل تمحيص الطعن وعرض المبادئ القانونية ومناقشتها ثم تتيبها بقضاء المحكمة ، كل ذلك يتحقق بأمر واحد هو زيادة عدد الدوائر أو زيادة عدد الجلسات إذا اقتضى الحال فتتجنب عيوب إنشاء دائرة جديدة كما يتجنب النقص من الضمانات التي تحوط هذه المرحلة الحاسمة الخطيرة من مراحل الفصل في المنازعات .

وفيما يلي عرض وتحليل لوجوه النقد وللمزايا والضمانات التي قبل بأن التعديل قد كفلها لتبين ما إذا كان يمكن الاطمئنان إلى فائدتها في سرعة الفصل في الطعون مع استبقاء الضمانات الحقة :

(١) يتبين من دراسة التعديل الذي أنشأ دائرة فحص الطعون ، والذي تناول بعض المواد المنظمة للإجراءات أمامها ، وجوه النقد التي نلخصها فيما يلي :

(أولاً) إنشاء دائرة ثلاثية لفحص الطعون ، وهذه الدائرة تقضي نهائياً برفض الطعون إما لعدم قبولها شكلاً وإما لبطالانها وإما لأنها غير جدية بالعرض على الدائرة الخماسية أو كما عبرت المذكرة الإيضاحية غير مرجحة القبول^(١) . ويلاحظ في التعديل أن ضمانات فحص الطعن بخمسة من المستشارين

(١) والواقع أن تعبير المذكرة الإيضاحية لقانون تعبير غير دقيق إذ فرق بين الطعن الغير مرجح القبول والطعن الغير جدير بالعرض ، إذ قد يكون الطعن جديراً بالعرض وإن كان غير مرجح القبول كأن يكون من وراء الفصل فيه ولو بالرفض إقرار مبدأ جديد أو الفصل في نقطة قانونية لها أهميتها في الكشف عن اتجاه قانون معين للمحكمة العليا .

قد انتقصت ، ولا نزاع أن القانون حين جعل دوائر محكمة النقض تؤلف في الأصل من خمسة مستشارين راعى أن في هذا العدد ضمانات تبادل الرأى على نطاق واسع ليكون نصحه أقرب الى التحقيق ، كما راعى أن دائرة النقض تنظر في سلامة حكم صادر من دائرة مؤلفة من ثلاثة مستشارين فمن الطبعي أن تكون هي مؤلفة من عدد أكبر فردى للإطمئنان الى أن الحكم حين نقض أو أبرم عرض على عدد أكبر من المستشارين تحققت لهم أعظم فرص المداولة وتبادل الرأى للاتهاء الى نتيجة أقرب الى الإطمئنان . فتخفيض العدد الى ثلاثة فيه انتقاص من ضمانات التعدد الملحوظ في تكوين دوائر النقض .

وقد يقال أن القانون قد اشترط الإجماع في الحكم الذى يصدر برفض الطعن ، وما دام حكم دائرة النقض كان يمكن أن يصدر بأغلبية ثلاثة فالضمانة باقية في اشتراط موافقة آراء ثلاثة على رفض الطعن ، ولكن هذا لا يكتفى لأن تبادل الرأى وفحص الطعن في نطاق خمسة مستشارين غيرهما في نطاق ثلاثة ، فزيادة العدد تكفل تمثيل وجهات النظر ومناقشتها على نطاق أوسع تتوافر به ضمانات أكبر^(١) . ثم ما الفائدة من نقص عدد مستشاري دائرة لها هذا الخطر في الطعن ، الأمر لا يعلو في اعتقادي وفرا في عدد المستشارين يستفاد منه في إيجاد دوائر أخرى ثلاثية لفحص الطعون : ولا يجوز أن تعالج أمور العدالة بوفر في العدد لكفالة وجود دوائر أكثر عددا لإنجاز فحص الطعون ، بل الواجب للتوفيق بين تحقيق العدالة كاملة عن طريق الالتجاء للمحكمة العليا وبين إنجاز فحص الطعون والفصل فيها زياده عدد الدوائر دون نظر الى ما يترتب على ذلك من زيادة في الأعباء المالية للدولة .

٢ - الزام الطاعن بإيداع مستنداته عند تقديم تقرير الطعن :
وهذا الالتزام وما يترتب عليه من حرج في بعض الأحيان أوجت به الرغبة في الاسراع بفحص الطعن ، ولكن يعترض على ذلك بأنه كثيرا

(١) والملاحظ أن المشرع المصرى ينتظر دائما - في وضعه نظم التقاضى - بعين الاعتبار إلى زيادة عدد أعضاء الهيئة القضائية الأعلى عن الهيئة التى تسبقها ويمد هذه الزيادة ضمانات هامة من ضمانات التقاضى .

ما يلجأ الطاعن في اخريات الميعاد للالتجاء الى عام لتقديم طعن في الحكم ولا يتسع الوقت لتجميع المستندات التي تؤيد الطعن ، وكان للوضع قبل تعديله يمنع الحرج ويكفل ضمانة اتساع الوقت لتجميع هذه المستندات وتقديمها ، وكثيرا ماتكون هذه المستندات صورا لأوراق رسمية تحتاج لبعض الوقت لاستخراج صور رسمية لها من مظانها .

وما كان هناك ضير ولا تأخير تخشى مغيبته اذا منح الطاعن فترة معقولة لتحضير مستنداته وتقديمها . والاسراع أمام محكمة النقض بما فيه من عنت وحرج على الطاعن ليس له ما يبرره : فالحكم المطعون فيه نهائى واجب التنفيذ ، واذا وافقت دائرة فحص الطعون – وبالإجماع – على وقف تنفيذ الحكم فلأن هنالك من وراء التنفيذ خطرا يتعلو تداركه ، ولأن هذا الاسراع لن يؤدى الى السرعة المطلوبة اذ هنالك النيابة العامة والمستشار المقرر وكلاهما لايقيدهما موعد ، وكل الطعون كانت تنتهى اجراءاتها بالنسبة للمتقاضين وتبقى مع ذلك فترات طويلة تمتد الى سنين لسبب لادخل للخصوم فيه . فلا يصح أن يكون العلاج اذن بتضييق الأمر على الخصوم وحرمانهم من ضمانة افساح بعض الوقت أمامهم لتحضير ما يؤيد طعنهم وتقديمه ، وانما يكون بعلاج الأسباب الحقيقية لتأخر الفصل في الطعون عن طريق عرضها على المحكمة للبت فيها ، وهذا متدارك بزيادة عدد الدوائر أو زيادة عدد الجلسات أو بالأمرن معا كما قدمنا . والغريب بعد ذلك أن القانون بعد تعديله لم يعط فرصة أخرى للطاعن لتدارك ما فاتته من تقديم المستندات أو استيفائها .

(ثالثا) استبعد التعديل المطعون ضده في هذه المرحلة من خوض نحرهما . ولكن يلاحظ في تكشف الحقائق ومناقشة المبادئ القانونية أن ذلك السجال الذى يدور بين الخصمين من شأنه أن يجلو الغامض ويظهر التطبيق الصحيح للقانون ويمكن النيابة من أبداء رأيها على اساس من دراسة وجهتي النظر ، كما يمكن المستشار المقرر من أن يضمن تقريره وجهتي نظر الخصوم ويمكن المحكمة من استكمال دراسة القضية سواء انتهى الأمر الى احوالها أو رفض الطعن . فما كان هنالك ضير من تمكين المطعون ضده من ابداء وجهة

نظرة في الطعن بل في ذلك فائدة محققة لمصلحة القانون ويسر في فحص الطعن وتوجيه سليم للفصل فيه . ثم ان ابعاد المطعون ضده - وهو خصم من غير شك - عن مجال الخصومة فيه خروج على مبدأ اساسي من مبادئ التقاضي (١).

(رابعاً) منع التعديل تقديم مذكرة شارحة من الطاعن في هذه المرحلة وذلك مراعاة للبساطة والسرعة ، ولكن ذلك لن يؤدي الى بساطة ولا تبسيط فان الطاعنين سيلجأون الى أن يضمنوا تقاريرهم مذكراتهم الشارحة ، ولن يترتب على التعديل في هذا الموضوع غير حرمان الطاعن من فرصة شرح أسباب طعنه اذا ضاق الوقت بسبب ضيق ما بقي من ميعاد الطعن وما يترتب على ذلك من عرض الطعون لفحصها غير مستوفية البحث والدراسة والعرض من جانب الخصوم في مرحلة من أخطر المراحل التي تؤدي في كثير من الأحيان الى رفض الطعن . فلا تتحقق مصلحة الخصوم اذا لم تتح لهم فرصة موالية كافية للدراسة والعرض وتبادل المذكرات والمستندات ، كما أنه قد ترتب على هذا التضييق عدم اتاحة الفرصة للنيابة ولا للمستشار المقرر ولا للدائرة ذاتها للحصول على عناصر كافية للبحث والعرض وتقليب وجهات النظر وتكوين الرأي على اساس وطيء :

(خامساً) اكثف التعديل في حالة الحكم برفض الطعن ببيان وجهة نظر الدائرة بإيجاز في محضر الجلسة . فاذا وقف الأمر عند هذا الحد في التطبيق فقد امتنع تعقيد القواعد وقرار المبادئ القانونية واضحة مسببة مفصلة في جميع الاحكام التي تصدر برفض الطعن وهي غالية (٢)، وفي ذلك اضعاف كبير

(١) ولا أدري ما العلة التي من أجلها حرص المشرع على حرمان المطعون ضده من الشول أمام دائرة الرافض وتنسب وراءه الزعم بأنه قد أورد بذلك تحقيق مصلحته بعدم إزعاجه في مرحلة قد تنتهي إلى الحكم لصالحه . فان مثل هذا الحرمان لا يمكن أن يستقيم مع أي من الأسس أو الأصول التي يمكن إسناد نظام دائرة الرافض إليها . ذلك أن المشرع قد حرص ، حتى في أول مراحل التقاضي وهي فترة التحضير ، على دعوة المدعى عليه حتى لا يتم إجراء في غيبته ولا تتطو الدعوى أي خطوة على غير علم منه .

(٢) والمطالع لأحكام محكمة النقض المصرية يلمس أن الكثير من الأحكام التي قررت أسباباً مبادئ لها أهميتها وقيمتها في قضاء المحكمة كانت تنتهي دائماً برفض الطعن . ذلك أن رفض الطعن لم يمنع محكمة النقض من أن تعرض للمبادئ التي بنى عليها الحكم المطعون فيه ولوجهات النظر التي يبديها الخصوم أمامها لتخرج من ذلك كله إلى إقرار المبدأ القانوني السليم .

لأثر قضاء محكمة النقض في تأصيل المبادئ وتوحيدها واستقرارها فتتعطل بذلك - وفي هذا النطاق الواسع - وظيفة هامة من وظائف محكمة النقض ويضيق غرض استهدفه المشرع من انشائها. وإذا تجاوزت دائرة فحص الطعون نطاق النص فسببت احكامها تسييبا وافيا وناقشت المبادئ القانونية التي استندت اليها في رفض الطعن فقد استحدثت قضاء قد يعارض قضاء الدائرة المدنية ويقع الحرج الذي كان مصدرا للقدح في النظام الشبيه به في فرنسا قبل الغائه. فضلا عن أن البحث والتسييب سيعوزه سند هام هو انعدام مناقشة هذه المبادئ بين المتقاضين في مذكراتهم .

(٢) وإذا نظرنا الى الناحية الأخرى من هذا التشريع وهي ناحية الضمانات التي كفلها في هذه المرحلة وجدناها لا توازن ما انتقص به التعديل من ضمانات ولا تسد هذا الفراغ الذي احدثه ، سواء في دراسة القضية دراسة وافية أو في مناقشة المبادئ القانونية التي يثيرها الطعن للانهاء الى مبادئ سليمة تستقر بها . فهذه الضمانات تتلخص في :

١ - تطلب صدور الحكم برفض الطعن بإجماع المستشارين الثلاثة الذين يكونون الدائرة . وقد سبق أن بينا عدم كفاية هذا كضمان يعوض النقص في عدد المستشارين الذين يحكمون برفض الطعن .

ب - النص على أن يرأس هذه الدائرة الثلاثية رئيس المحكمة أو وكيلها وهذا متوفر دائما في الدوائر الخماسية ولم اتين أثره في تكوين دائرة فحص الطعون كما اني لم اتين وجه الضمانة فيه ، فالمفروض ان الكفاية والخبرة والعلم متوفرة في جميع أعضاء محكمة النقض . كذلك لم اتين للسبب ذاته أثرا أو أهمية في اشتراط قضاء عضوى الدائرة سنتين في محكمة النقض ، فالخبرة والعلم بالقانون متوفران دائما وعلى الأخص فيمن وصلوا الى المحكمة العليا ، وليس في هذين الشرطين ضمانة خاصة تكافئ ما انتقص من ضمانات كنتيجة لهذا التعديل ، اذ أن أهم ضمانة أن تتاح للمتقاضين وللنيابة العامة والمستشار المقرر والدائرة من بعد هؤلاء جميع العناصر والفرص وأوجه البحث والدفاع التي تمكنهم من دراسة الطعن دراسة وافية تعاون على الاطمئنان الى الرأي أو الحكم الذي يصدر في الطعن .

(٣) ولعل النقطة الوحيدة التي قد تخفف البسير مما تقدم من حرج وتضييق ان التعديل اوجب الاحالة على الدائرة الخماسية اذا كان الفصل في الطعن يقتضى تقرير مبدأ قانوني لم يسبق لمحكمة النقض تقريره حتى ولو كان الطعن مرجحا عدم قبوله (١) . وهذا هو النص الوحيد الذى كفل تحقيق ناحية من نواحي تأصيل القواعد القانونية وتوحيدها . ولكن مثل هذا النص لا يكافئ في قليل أو كثير ما عرّضناه من نقص كبير في الضمانات كنتيجة للتعديل سواء أكان ذلك من ناحية رعاية مصالح الخصوم أو مصلحة القانون .

ويمكن القول - في نظرى - بان التعديل لم يحقق فائدة بل انتقص من ضمانات الخصوم ومن الوسائل المحدية في حسن الوصول الى نتيجة بطلان اليها في فحص الطعن ، ثم هو ليس بالعلاج الملائم لتأخير الفصل في الطعون واشك في أنه يؤدي الى سرعة انجازها ، فهناك النيابة العامة والمستشار المقرر لا يقيدهما ميعاد في دراستهما للقضية والتقدم بالرأى أو التقرير فيها . وهناك العسر في دراسة الطعون في هذه المرحلة بسبب عدم وجود مذكرات يتبادها الخصوم فتلقى ضوءا على مقاطع النزاع في الطعون . كما يمكن التأكيد بأن التعديل : كما صدر ، لم يكن له من المبررات ما يقتضى إصداره على هذا الوضع ، ولن يكون له أثر يذكر في وضع حد لبطء انفصل في الطعون . وقد سبق أن ذكرنا أن التشريع الفرنسى قد النى مثل هذه الدائرة لأنها تعطل الفصل في القضايا ولا تساعد على انجازها بعد تصفيها ، واستبدل بها نظام تعدد الدوائر المدنية وما اليها ، وكان الاجدر بالمشرع المصرى أن ينحو هذا النحو فيضمن انجاز الفصل في الطعون دون أن يعرض النظام الذى كان قائما قبل التعديل والضمانات التي كان يكفلها الى هزات لا تؤمن عواقبها . ولا أظن أن عيوب هذا النظام ، وهي التي كانت سببا في العلول عنه في فرنسا والدول التي نحت نحوها ، قد عولجت في هذا التشريع علاجا حاسما .

(١) وإن كان الملاحظ أن الوصول الى تقرير أن الفصل في الطعن يقتضى تقرير مبدأ قانوني جديد لم يسبق لمحكمة النقض أن قرره ، الوصول الى ذلك في ذاته ليس بالأمر اليسير الذى يستضج دائما لدائرة فحص الطعون ، فقد ترى هي يتدبرها التلافى أن الأمر لا يقتضى تقرير مبدأ جديد أو أن محكمة النقض قد قررت مبادئ في هذا الشأن فضلا ، مع أنه لو ترك الأمر الى الدائرة الخماسية لرأت غير ذلك الرأى .

خاتمة

ونلاحظ أخيرا أن المشرع المصرى قد حرص - فى التعديلات التى أدخلها على القواعد الخاصة بطريق الطعن بالنقض منذ صدر قانون المرافعات الجديد - على التخفيف على الدائرة المدنية لتستطيع أن تنجز ما هو معلق من طعون تزايد مع الوقت ولتستطيع أن تفرغ لها ، مطرحا ما عدا ذلك من اعتبارات ، ولذلك رد نوع الأحكام التى يجوز الطعن فيها بطريق النقض الى النطاق الذى كان قائما عند انشاء محكمة النقض فى سنة ١٩٣١ ، مع أن الوضع كان عند انشاء المحكمة ، وفى هذا الخصوص ، موقوتا باستقرار العمل فى المحكمة الجديدة وتدعيم أركانها وعدم اغراقها بالطعون فى بواكير نشأتها . ولما صدر القانون الجديد للمرافعات فى سنة ١٩٤٩ وسع من نطاق الأحكام التى يصح الطعن فيها بالنقض لتشمل الأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الابتدائية أو فى استئناف أحكام محاكم المواد الجزئية معللا ذلك كما سبق أن قلنا بأن الاعتبارات التى دعت الى التضييق السابق قد زالت وأن الوقت آن لاتاحة الفرصة لاصلاح عيب هذه الأحكام وتثبيت المبادئ القانونية التى تثيرها . وكان طبيعيا أن يحتاط المشرع للضغط المنتظر على محكمة النقض فاضاف اليها دائرة مدنية جديدة .

ولكن المشرع ما لبث أن استبعد هذه الأحكام ، وأعاد الحالة الى ما كانت عليه قبل العمل بالقانون الجديد ، ومهدت محكمة النقض لهذا التخفيف بأن بقيت مقتصرة على دائرة مدنية واحدة . وجاء التشريع موضوع هذا البحث فخطا خطوة ثانية فى سبيل التخفيف على هذه الدائرة متمسكا دائما بفكرة إيجاد دائرة مدنية واحدة ومعالجا كثرة الطعون وتأخير الفصل فيها بانشاء دوائر لفحص الطعون مع ما يحيط اجراءاتها من إضعاف لكثير من الضمانات التى يحرص القانون دائما على توفيرها وخاصة أمام المحكمة العليا لى يحمى بها صوالح المتقاضين فى هذه المرحلة الحاسمة : ولكى يتيح الفرص للدراسة الطعون دراسة وافية تستقر بها المبادئ وتتوحد بها كلمة القانون .

وكان الغرض في نظري يتحقق من طريق زيادة عدد الدوائر المدنية أو زيادة عدد الجلسات أو بالأمرين معا ، فتبقى الضمانات قائمة ويتحقق انجاز الطعون في وقت ملائم دون عنت أو أرماق ، ولأمكن أن تنفادى بذلك تعديلا ، مهما قيل في الدفاع عنه ، لا يمكن انكار أثره في اضعاف كثير من الضمانات التي كان يكفلها نظام النقض قبل هذا التعديل لمصلحة الخصوص ورعاية جانب القانون .

ولكنها تجربة أملت أن الرغبة المشروعة والقصد الطيب في اصلاح الحال سيكشف العمل عن مدى صلاحيتها لتحقيق الهدف المقصود بها .

كتاب اغاثة الأمة بكشف الغمة

لتقى الربيع محمد بن علي القريني

نشر الدكتور محمد مصطفى زيادة والدكتور جمال الدين الشيال
(الطبعة الثانية ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، ١٩٥٧)

للدكتور حسين فهمي

عيد الكلية

الدراسات الاجتماعية قديمة ما وجد المجتمع المنظم ، غير أن الصفة العلمية لم تلحق هذه الدراسات الا بعد تقديم العقل المنهجي ، أي أنها اكتسبت صفتها العلمية من تقدم الدراسة المنهجية . وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن العلوم الاجتماعية في مختلف أنواعها ليست مستحدثة ، بل أن لها أصولا ترجع الى العصور السابقة .

والدراسة الاقتصادية هي دراسة اجتماعية ما في ذلك شك ، والفكر الاقتصادي قديم كذلك ، أي منذ عصر اليونان والرومان ، والعصور الوسطى على أن الفكر الاقتصادي لم يكتسب صفته العلمية الا بعد أن كتب آدم سميث ، سنة ١٧٧٦ كتابه الذي عنوانه « ثروة الأمم » واتبع فيه طرق الدراسة المنهجية ولا عجب فان آدم سميث كان أستاذاً للمنطق والفلسفة ، قبل أن يكتب كتابه هذا في الاقتصاد السياسي .

وما كان العرب متخلفين في هذا المضمار ، لأن الأفكار الاقتصادية دراسات اجتماعية أولاً ، وما زالت الدراسات العربية الاجتماعية منهلاً عذباً يغترف منه الباحثون ، ويرون فيه معينا لا ينفد . وبلغ الفكر الاقتصادي العربي ذروته في القرن الخامس عشر الميلادي ، حين خضعت مصر لسلطين المماليك المعروفين باسم الجراكسة ، أي منذ أواخر القرن الرابع عشر (١٣٨٢ - ١٥١٧م) . ذلك أن مصر عانت في عهد أولئك السلاطين أنواع

الآلام والمظالم ، وساءت الأحوال فيها بين الناس ، فكان الفلاحون مثلاً يمتنعون عن جلب ماشيتهم وحاصلاتهم للبيع بأسواق القاهرة ، خشية مصادرة الحكومة المملوكية لها وشرائها بأغص الأثمان ، كما كان العدل يباع كالسلعة يختص به أكبر مزاييد . وكانت البلاد من آونة الى أخرى تنشبها الأوبئة والطواعين والغلاء بسبب فقر التيل وشرق الأراضي . ويقول المقرئى انه فى عهد السلطان فرج (١٣٩٩ - ١٤٠٥م) « عظم الغلاء والقضاء فباع أهل الصعيد أولادهم من الجوع ، وصاروا أرقاء مملوكين ، وشمل الخراب الشنيع عامة أهل مصر » (١) ، وهبط تعداد السكان الى الثلث ، كما كان السلاطين عاجزين عن كبح جماح أعوانهم .

والنظريات الاقتصادية انما تتأثر بالبيئة التى يعيش فيها أصحابها واليك الدليل : فنظرية مالتس فى السكان تأثرت بالأوضاع التى كانت عليها انجلترا فى القرن الثامن عشر ، وكذلك نظرية ريكاردو فى الربح ، بل أن نظريات كينز فى مكافحة البطالة - وهو الاقتصادى المعاصر - تأثرت بالأحوال الاقتصادية العامة بعد الحربين العالميتين الأولى والثانية . وعلى هذا القياس لم يكن غريباً أن يظهر وسط الفوضى التى عمت مصر خاصة فى القرن الخامس عشر عدد من المؤلفين المعنيين بالمسائل الاجتماعية والاقتصادية . أمثال عبد الرحمن ابن خلدون وأحمد ابن الدبلى وأحمد المقرئى .

كتب ابن خلدون مقدمته فى الحضارة ونشوتها ، ومقومات الحياة الاقتصادية ومشاكل السكان . ونتاج الثروة ومقاييس الحضارة ، وشرح أثر الظلم فى خراب العمران ، وكيف يسرى الخلل الى الدولة ، وكيف يكون انحلال الدول وسقوطها . أما أحمد ابن الدبلى فتناول فى أبحاثه الفقر والفقراء . وأسباب الفاقة ومكافحتها . وهو ينحى كرميله ابن خلدون منحنى تاريخياً اجتماعياً ، على أن المقرئى يمتاز عن زميله فى أنه عالج الموضوعات الاقتصادية فى كتاب « اغاثة الأمة لكشف الغمة » علاجاً تحليلياً فريداً .

(١) الخطط المقرئى ص ٢٤١ وما بعدها ، الجزء الثانى فى ذكر دولة المماليك الجراكسة .

وكتاب « اغاثة الأمة » عرض اقتصادى لما اجتازته مصر من عن الغلاء والشرق منذ الطوفان الى عصر المقرئى (١٣٦٢ - ١٤٤٢م) ، وهو يحتوى كذلك على فصل يتحدث فيه المؤلف عن أسباب هذه المحن ، ويوجزها فى ثلاثة (١) :

(أولاً) ولاية الخبط السلطانية والمناصب الدينية بالرشوة ، فتولاها الجُهلاء والمفسدون .

(ثانياً) غلاء إيجار الأقطان وزيادة نفقات الحرث والبئر والحصاد على ما تغله الأرض .

(ثالثاً) رواج الفلوس وكانت نقداً قليل القيمة ، على حين يرى المقرئى أن سلامة النقد إنما ترتكز على الذهب والفضة .

ويتبع المقرئى ببينة فى تاريخ العملة فى الدول الإسلامية عامة ومصر خاصة ، ثم يتحدث عن طبقات المجتمع بأسباب ، ويشرح مستويات الأسعار فى عصره ، وخاصة أسعار المواد الغذائية وتقلباتها ، وأثر هذه التقلبات فى مختلف طبقات المجتمع ، ثم يصف ما يراه من علاج لهذه الأحوال الاقتصادية .

وأشهد أنى حين قرأت هذا الكتاب أعجبت به إعجاباً شديداً ، فهو يحوى بين دفتيه عرضاً لنظريتين من النظريات الاقتصادية الحديثة المعقدة تتصل أحدهما بالآزمات ودوريتها ، والثانية خاصة بتثبيت النقد وعلاج تدهوره .

فالنظرية الخاصة بالآزمات ودوريتها ما زالت الى الآن - وخصوصاً فى الولايات المتحدة - قطب الرمح فى الدراسات الاقتصادية ، واتصالها بالنظام الاقتصادى الرأسمالى بعد التطورات الصناعية الحديثة وثيق . واختلف الاقتصاديون المحدثون فى تعليل هذه الظاهرة ؛ أما علاجها فيكاد يكون أمراً عسيراً ، فضلاً على أن وسائل مكافحتها ماثرة للخلاف الشديد . ويرزح الاقتصاد الرأسمالى تحت أعباء هذه الآزمات ، ويدعى الاشتراكيون أنهم

بحكم التوجه الاقتصادى استطاعوا أن يقللوا من آثارها . ثم أن هذه الأزمات أصبحت عالمية فى شكلها ، فتنشأ فى دولة من الدول الصناعية الكبرى ، ثم تنتشر منها الى الدول الأخرى الصناعية والزراعية ، والناس فى تعليلهم وفى إيجاد الحلول لها حيارى .

وكانت الحياة فى مصر فى عهد المقرزى حياة زراعية ، تتعاقب عليها السنوات السمان والعجاف ؛ ولذلك فإن عالما ضليعا كالمقرزى لابد أن يشهد له بسعة التفكير وعمقه عند ما يحاول أن يفسر هذه الظواهر تفسيراً علمياً . فإذا علمت بعد ذلك أن هذه التفسيرات تنسم بالطابع العلمى والتحقيق الدقيق أيقنت أن عقلية المقرزى كانت جبارة حقاً ، مجيدة حقاً ، وأنها بعد ذلك جديرة بالاعجاب الشديد .

أما نظريته فى تثبيت النقد ففىها الدليل القاطع على عبقرية المقرزى ، اذ يقول إنه حتى أيام الخليفة الفاطمى الحاكم بأمر الله كان الدينار الذهبى هو وحده النقود ، أما الفضة فكانت تتخذ حلياً وأوانى حتى سك الحاكم بأمر الله الدراهم . لكن الناس درجوا على الاقتطاع منها ، فاضطربت الأحوال ، حتى زمن السلطان الكامل الأيوبى ، فضرب الدراهم الكاملية ، وقل التعامل بالذهب ، وأصبح الدرهم هو العملة الرئيسية التى تقوم بها المبيعات الجليلة ، ثم سك الكامل بعد ذلك « الفلوس » من النحاس ، كعملة مساعدة تجرى بها الصفقات الصغيرة . غير أن السلاطين الذين تولوا حكم مصر بعد الكامل أسرفوا فى ضرب الفلوس ، فيذكر المقرزى أنه فى آخر عهد السلطان برقوق (١٣٨٢ - ١٣٩٩م) كان الناس يتعاملون فى ثلاثة أنواع من النقود : « الفلوس » وهو النقد الأكثر استعمالاً . والدينار من الذهب وهو قليل فى التعامل وإن كان متداولاً كسلعة بأيدي الناس ، وأما « الفضة » فقد بطل التعامل بها لعزتها . وعظم رواج الفلوس وكثرت كثرة بالغة حتى صارت المبيعات وقيم الأعمال كلها تنسب الى الفلوس خاصة ، وأن الناس شكوا من هذه الحالة^(١) .

(١) أنظر ص ٧١ من الكتاب .

والمقریزی هنا یوضح ظاهرة اقتصادية فی غاية السلامة ، وهی أن النقود الرديئة تطرد النقود الجيدة من التداول ، وكانت الفلوس نقداً رديئاً بالنسبة للدينار أو الدرهم ، فطردتهما من السوق . وهذه القاعدة الاقتصادية تعرف بقانون جريشام ، نسبة الى الاقتصادي الانجليزى المعروف الذى عاش فی القرن السادس عشر الميلادى ابان حکم الملكة الیزابت فی انجلترا ، أى أن المقریزی أوضح هذه القاعدة قبل مائة سنة تقريباً من مولد جريشام ، وانظر وتعجب !!

ثم يستطرد المقریزی بعد ذلك فیوضح أثر الاسراف فی اصدار الفلوس واستخدامها عملة رئيسية ، ويقسم المجتمع الى طبقات ، ویوضح أثر التضخم فی حالة هذه الطبقات ، موضحاً أن أفراد الطبقات ذات الدخل الثابت هم الذين یثأثرون تأثراً واضحاً بهذا التضخم .

وتظهر عبقرية المقریزی واضحة کل الوضوح عند ما یحاول معالجة هذه الحالة النقدية المضطربة ، مع العلم بأن المسائل النقدية ومعالجتها أمر مخوف بالمصاعب ، وأن التفكير فیها شاق حتى عند علماء الاقتصاد ، وأشق منه رسم السياسات النقدية . أما المقریزی فانه فطن الى ضرورة الرجوع أولاً الى الذهب والفضة أساساً للتداول ، فالنقود المعتبرة انما هی الذهب والفضة ، وما عداهما لا یصلح أن یكون نقداً ، أما الفلوس فيقتصر صرفها فی محقرات المبيعات ، أى فی الصفقات الصغيرة . ویرتب على ذلك هبوط الأسعار ، لأن كمية النقود المتداولة بعد استبعاد الفلوس من الصفقات الكبيرة ستقصر على وحدات أقل من الذهب والفضة ، وسيقتصر على استخدام الفلوس نقوداً مساعدة للصفقات الصغيرة ، فتكون أكثر من الحاجة ، وعما قليل لا تكاد توجد لفرض الناس لها أوانى « (١) - على قوله - ، أى تخفى فی البوتقة على قول الاقتصاديين المحدثين !!! ولعمري انه لتفكير سليم ، بل لست أظن أن علماء الاصلاح النقدي المحدثين يستطيعون أن یضيفوا شيئاً جديداً الى هذا الاصلاح القديم .

(١) انظر ٨١ من الكتاب .

أما بعد .. فان اخراج طبعة ثانية من كتاب « اغائة الأمة بكشف الغمة »
خدمة جليلة فى سبيل احياء الفكر الاقتصادى العربى ، ولذلك فان ناشريه
الأستاذين زيادة والشيال يستحقان أعمق الشكر على مجهودهما القويم ، ونرجو
أن يكون لنشر هذا الكتاب ما بعده ، والله الموفق ...

أساس القانون الإدارى ونطاق تطبيقه

بحث فى بيان أثر فكرة المرافق العامة وفكرة السلطة

فى تكوين القانون الإدارى وفى تحديد نطاق تطبيقه

بفلم الدكتور محمد فؤاد مهنا

أستاذ القانون العام بجامعة الاسكندرية

تمهيد.

تختلف مبادئ القانون الإدارى فى طبيعتها عن مبادئ القانون الخاص . فالقانون الإدارى ، باتفاق الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر ، يتميز بأنه يمنح الإدارة حقوقاً وامتيازات خاصة لا يتمتع بمثلها الأفراد . وهو لا يعامل الخاضعين لأحكامه على قدم المساواة كما هو شأن القانون المدنى وغيره من فروع القانون الخاص ، ولكنه يرمى جانب المصلحة العامة ويفضلها دائماً على المصلحة الخاصة ، ويفرد للسلطة العامة الأمانة على هذه المصلحة العامة مركزاً متميزاً عن مركز الأفراد الذين تتعامل معهم أو ترتبط بهم برابطة من روابط القانون .

وليس معنى هذا أن السلطة الادارية لا تخضع فى كل أعمالها وتصرفاتها لغير أحكام القانون الإدارى ، فأن جانباً من نشاط هذه السلطة يخضع لأحكام القانون الخاص ، بل أن هذا الجانب قد اتسع نطاقه فى العصر الحديث تبعاً لتطور النظام الاجتماعى والاقتصادى .

غير أن « القانون الإدارى » لا يشمل قواعد القانون الخاص التى تسرى على السلطة الادارية فى علاقاتها بالأفراد فى بعض الأحوال ، ولكنه يقتصر على المبادئ والقواعد التى تختلف عن مبادئ وقواعد القانون الخاص وتتميز عنها بأنها تمنح الإدارة فى علاقاتها بالأفراد حقوقاً وامتيازات خاصة لا يتمتع بمثلها الأفراد فى ظل القانون الخاص ، وهذه هى وحدها المبادئ والقواعد التى يشملها تعريف القانون الإدارى بوصفه فرعاً مستقلاً من فروع القانون .

حقيقة يلاحظ أن القانون الخاص يتجه في تطوره الحديث نحو رعاية المصلحة العامة في صورة تحمل معنى التقارب بين مبادئ القانونين العام والخاص . لكن مبادئ وقواعد القانون الإداري لا تزال مع ذلك ورغم هذا التطور مختلفة ومستقلة عن مبادئ وقواعد القانون الخاص .

والقانون الإداري ، بهذا التحديد ، أثار أخيراً في فرنسا وفي مصر وما يزال يثير نقاشاً فقهيّاً حول تحديد الأساس الذي يقوم عليه بناؤه وحول تحديد نطاق تطبيق مبادئه وأحكامه .

ثار هذا الجدل الفقهي أولاً في فرنسا مهد القانون الإداري وانتهى في السنوات الأخيرة الى خلق حالة من الشك في سلامة مركز القانون الإداري في العصر الحديث وسلامة الأساس الذي قام عليه بناؤه منذ نشأته وهو فكرة المرافق العامة . وبدأنا نقرأ للفقه الفرنسي مؤلفات وبحوث تتحدث عن أزمة القانون الإداري ^(١) وأزمة المرافق العامة . وأعلن بعض الفقهاء في صراحة انقضاء نظرية المرافق العامة وزوال أهميتها كأساس للقانون الإداري . وتردد صدى هذا الجدل الفقهي الفرنسي في مصر وكان له أثر ظاهر في بعض المؤلفات والبحوث التي ظهرت أخيراً عندنا .

ونظراً لأن مبادئ القانون الإداري وأحكامه غير مقننة وأن مهمة إنشائها تقع أولاً على عاتق القضاء والفقه ، فإن البحث في تحديد الأساس أو المعيار الذي يرجع إليه في بناء القانون الإداري وفي تحديد نطاق تطبيقه يعتبر بحق أهم ما يجب أن توجه إليه عناية القضاء والفقه في الوقت الحاضر .

ولهذا رأينا أن نقدم هذا البحث نعرض فيه رأينا في تحديد أساس القانون الإداري في مصر والمعيار الذي يتعين الرجوع إليه في تحديد نطاق تطبيقه .

Wa'line : Situation acuelle du droit administatif en france. Juris - (١)
classcur administratif : Preface; Drago : Les crises de la notion d'etablissements
publics 1950; De corail : La crise de la notion juridique de service public en droit
administratif français 1954

أساس القانون الإدارى ونطاق تطبيقه فى فرنسا

يرجع الفضل فى إنشاء مبادئ القانون الإدارى الفرنسى الى جهود مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص . وأحكام هاتين المحكمتين هى المصدر الحقيقى لمبادئ القانون الإدارى فى فرنسا . ويكاد دور الفقه الفرنسى ينحصر فى استخلاص المبادئ التى تتضمنها هذه الأحكام وتفسيرها وتحديد نطاقها وإقامة نظريات عامة للقانون الإدارى على أساسها .

وقد أقام القضاء الإدارى الفرنسى بناء القانون الإدارى على أساس فكرة المرافق العامة . فكان ينشئ المبادئ التى تلائم نشاط المرافق العامة وتكفل لها سيراً منتظماً فى تحقيق أهدافها ، كما كان يحدد نطاق تطبيق القانون الإدارى واختصاص القضاء الإدارى بالرجوع الى فكرة المرافق العامة .

وكانت المرافق العامة فى المرحلة الأولى من تاريخ حياة القانون الإدارى كلها تقريباً مرافق إدارية بحيث يمكن تعريفها بأنها نشاط إدارى يعجز الأفراد والجماعات الخاصة عن القيام بمثله (أو لا يحملون مصلحة فى القيام بمثله) تقوم به سلطة إدارية مستخدمة فى إدارته ما تتمتع به بوصفها سلطة عامة من امتيازات ووسائل (حقوق السلطة وامتيازاتها) .

ولهذا فقد كان القانون الإدارى فى تلك المرحلة هو حقاً قانون المرافق العامة أى القانون الذى يحكم المرافقة العامة (الإدارية) فى جميع أوجه نشاطها . وكانت المرافق العامة كذلك هى المعيار الذى يرجع اليه فى تحديد اختصاص القضاء الإدارى . وعلى أساس قضاء مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص أنشأ فريق من فقهاء القانون العام فى فرنسا وعلى رأسهم **Bonnard, Jèze, Duguit** نظرية المرافق العامة .

غير أنه مع تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية اتسع ميدان نشاط الدولة الادارى وبدأ تدخل الدولة في الميدان الاقتصادى ، فأنشئت مرافق عامة صناعية وتجارية لم تعد تلائمها المبادئ والأحكام السابقة التى أنشأها القضاء لتحكم المرافق الادارية .

وتبع هذا التطور في تحديد ميدان نشاط الدولة ، تطور آخر في أحكام القضاء الادارى . فقضى مجلس الدولة في بعض أحكامه بأن القانون الادارى لا يطبق بصفه مطلقة على كل الروابط والعلاقات المتعلقة بالمرافق الصناعية والتجارية ، ولكنه يطبق على جزء معين منها فقط ، ويطبق القانون الخاص على جزء آخر ، بمعنى أن هذه المرافق تخضع للقانونين العام والخاص معاً . وقضى كذلك بأن القضاء الادارى لا يختص بنظر كل المنازعات المتعلقة بالمرافق العامة ولكن القضاء العادى يختص ببعض هذه المنازعات .

وقد أحدث هذا التطور في محيط الفقه الفرنسى أثراً مختلفاً بالنسبة لأنصار نظرية المرافق العامة وخصومها .

فأنصار نظرية المرافق بقوا على ولائهم لهذه النظرية وإن كان بعضهم قد عدل نظريته اليها وأنشأ نظرية معدلة للمرافق العامة تتفق والتطور الجديد في أحكام القضاء . وعلى رأس هؤلاء في فرنسا De Laubadère, Rolland ، وفى بلجيكا Buttgenbach

أما خصوم نظرية المرافق العامة فقد كان منهم أقلية على رأسها Hauriou أعلنت عداها لنظرية المرافق العامة منذ بدء ظهورها ، وهؤلاء كانوا يرون من مبدأ الأمر أن أساس القانون الادارى هو فكرة السلطة لا فكرة المرافق العامة .

ومنهم فريق آخر اتخذ من هذه الأحكام القضائية سنداً لمهاجمة فكرة المرافق العامة والدفاع عن فكرة السلطة في صور مختلفة . ومن هذا الفريق الأخير من اكفى بهدم فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الادارى دون أن يحاول اقامة أساس جديد مكانها .

وتتكلم فيما يلي عن فكرة المرافق العامة وتطورها ثم عن فكرة السلطة في صورها المختلفة .

(أولاً) نظرية المرافق العامة :

مؤسسو هذه النظرية في فرنسا ثلاثة من أعلام فقه القانون العام هناك ، وهم Bonnard, Jèze, Duguit . وتلخص نظرية Duguit في قوله بأن الدولة ليست شخصاً يتمتع بالسيادة والسلطان لها إرادة ذاتية أعلى من إرادة الأفراد ، ولكنها مجموعة مرافق عامة تعمل لخدمة المجتمع وتوفير المقومات لحياة اجتماعية سليمة . والقانون لا يستمد قوته الملزمة من سلطان الدولة وإرادتها العليا ، ولكنه يستمدّها من طبيعة القاعدة القانونية ذاتها وموافقتها لحاجات المجتمع أى لحاجات المرافق العامة (١) .

والقانون الإداري وفقاً لهذه النظرية هو قانون المرافق العامة يستمد قوته الإلزامية من موافقته لحاجات المرافق العامة وصلاحيته لتحقيق أغراض المرافق العامة وضمان سيرها بانتظام واطراد في خدمة المجتمع وتوفير المقومات لحياة اجتماعية سليمة .

فهو ينشأ لتحقيق أغراض المرافق العامة ويستمد قوته الإلزامية من موافقته لحاجات المرافق العامة ويتحدد نطاق تطبيقه بالرجوع للمرافق العامة . بمعنى أن السلطة العامة لا تملك أى حق من حقوق السلطة ولا يكون استخدامها لحقوقها وامتيازاتها مشروعاً خارج نطاق المرافق العامة وأغراضها .

فالموظف العمومي يكتسب هذه الصفة لأنه يعمل في خدمة مرفق عام ولأن ضمان سير المرافق العامة يوجب انشاء قواعد مستقلة تسرى على الموظفين الذين يعملون في خدمة المرافق العامة ، هذه القواعد المستقلة هي قواعد القانون الإداري .

والعقود الإدارية تخضع لقواعد مستقلة تختلف عن قواعد العقود المقررة في القانون المدني لأن هذه العقود تتعلق بتنفيذ مرفق عام ولا يمكن ضمان سير هذه المرافق إذا أخضعنا مثل هذه العقود للقواعد المدنية .

ومسئولية الإدارة عما يقع منها من أخطاء في إدارتها للمرافق العامة لا تحكمها قواعد المسؤولية المدنية وإنما تخضع لقواعد مستقلة ، هي قواعد المسؤولية الادارية . وهكذا بالنسبة لكل أوجه نشاط المرافق العامة (١) .

وكذلك يتحدد اختصاص القضاء الإدارى بالرجوع الى فكرة المرافق العامة فلا تكون محاكم القضاء الإدارى مختصة بنظر النزاع الا اذا كان متعلقاً بمرفق عام .

هذه هي نظرية المرافق العامة كما أنشأها مؤسسو مدرسة المرافق العامة (٢) ، وأهم ما يميز هذه النظرية أنها تفرض على سلطان الإدارة قيوداً خارجة عن إرادتها في صورة المرافق العامة، فلا يتاح لها أن تستخدم حقوقها وامتيازاتها كسلطة عامة لزاء الأفراد الا حيث يكون عملها متعلقاً بمرفق عام (٣) . وقد أقر مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص هذه النظرية في مجموعة من أهم أحكام المبادئ التي أصدرها ، كان أولها الحكم الصادر في قضية Blanco سنة ١٨٧٣ ، كما أنها نالت في أول ظهورها تأييداً يشبه الإجماع من جانب الفقه (٤) وظلت محظوظة بهذا التأييد من جانب الفقه والقضاء زمناً غير قصير (٥) .

تطور نظرية المرافق العامة : الى سنة ١٩١٤ كانت المرافق العامة بوجه عام كلها مرافق إدارية وكان من السهل تعيين الحد الفاصل بين نطاق تطبيق القانون الإدارى ونطاق تطبيق القانون الخاص . وبين اختصاص القضاء العادى واختصاص القضاء الإدارى ، بالرجوع الى المرفق العام، وفقاً لرأى أنصار مدرسة المرافق العامة .

(١) بمعنى أن أموالها تعتبر أموالاً عامة وحساباتها حسابات عامة وهكذا .

(٢) Bonnard * Jeze * Duguit .

(٣) أنظر Buttgenbach : Théorie générale des Modes de gestion des services publics en Belgique 1952 p 4—9 .

(٤) De laubadere : Traité de droit administratif 1953 p 42 no 48 .

(٥) أنظر Vedel : Conseil d'état études et documents 1954 P 22 .

غير أنه بعد سنة ١٩١٤ زاد عدد المرافق الصناعية والتجارية زيادة كبيرة وظهر منها أنواع تبأشر نفس النشاط الذى يتولاه الأفراد ، وزاد اشتراك الأفراد فى أعمال النفع العام التى تقوم بها الحكومات ^(١) وظهرت المشروعات الخاصة ذات النفع العام، وأصبح القانون الخاص يطبق على المرافق الصناعية والتجارية ، كما منحت المشروعات الخاصة ذات النفع العام بعض امتيازات المرافق العامة ^(٢) . وكان من أثر هذا التطور بالنسبة لنظرية المرافق العامة أن المرافق العامة لم تعد وحدها معياراً كافياً لتعيين الحد الفاصل بين نطاق تطبيق القانون الإدارى ونطاق تطبيق القانون الخاص ، وبين اختصاص القضاء العادى واختصاص القضاء الإدارى، كما كان الحال قبلاً ^(٣) . وبدا هذا الاتجاه واضحاً فى بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى التى قضت فى المنازعات الخاصة بال عقود المتعلقة بالمرافق العامة الصناعية والتجارية بأن العقد لا يعتبر إدارياً إلا إذا تضمن شروطاً استثنائية تغيّر الشروط التى تتضمنها عادة عقود القانون الخاص ^(٤) . واستند خصوم نظرية المرافق العامة الى هذه الأحكام للقول بانقضاء نظرية المرافق العامة ^(٥) .

غير أن جمهور الفقهاء يرون الى اليوم برغم هذا التطور ، أن نظرية المرافق لا تزال باقية كنظرية أساسية من نظريات القانون الإدارى ^(٦) ،

(١) عن طريق شركات الامتياز وشركات الاقتصاد المختلطة والتعاونيات المهنية .

(٢) De Laubadère المرجع السابق ص ٤٦ ، ٤٧

(٣) ظلت المرافق العامة الإدارية وحدها هى الميار الذى يصلح وحده أساساً القانون الإدارى أما غير المرافق الإدارية فلم تعد تصلح وحدها أساساً لتحديد نطاق تطبيق القانون الإدارى وتحديد اختصاص القضاء الإدارى .

(٤) *Clauses exorbitantes du droit Commun* أنظر الإشارة لهذه الأحكام فى مقال Vedel السابق الإشارة إليه (*Conseil d'état : études et documents 1954 P 23*) وكذلك فى مقال Waline السابق الإشارة إليه (*Juris - Classeur administratif, Preface*)

(٥) سوف نشرح بالتفصيل رأى هذا الفريق من الفقهاء ، فى الفقرة التالية

(٦) De Laubadère المرجع السابق ص ٥٦٢ فقرة ١٠٥٥ وأنظر أيضاً

ويرون كذلك أن وجود المرفق العام لا يزال شرطاً أساسياً لازماً لتطبيق أحكام القانون الإداري ^(١) وتقرير اختصاص القضاء الإداري . وكل ما أحدثته التطور الحديث في مركز المرفق العام كميّار لتطبيق أحكام القانون الإداري ينحصر في أن وجود المرافق غير الإدارية (الصناعية والتجارية والمهنية) لم يعد وحده كافياً للقول باختصاص الرابطة القانونية التي تتعلق بنشاط هذه المرافق لسلطان القانون الإداري واختصاص النزاع الذي ينشأ عنها لسلطان القضاء الإداري . وقد أقر مجلس الدولة هذا الرأي في بعض أحكامه ^(٢) .

= Ralland : *Precis de droit administratif* 1937 P 1 et 16; Waline : *Maquel elementaire de droit administratif* 1936 P 336 et la 6em ed P 306 ; Duez et Debeyre : *Traite de droit administratif* 1953 P. 536

بل أن الأستاذ Ralland يعتبر المرافق العامة أساس القانون الإداري وإن كان قد عد إلى تطور نظرية المرافق العامة بمبحث تلامّ الظروف الجديدة . وهو يعرف القانون الإداري طبعاً سنة ١٩٣٧ بأنه « مجموع القواعد المتعلقة بتنظيم وسير المرافق العامة وتنظيم علاقة هذه المرافق بالأفراد » (Ralland : *Precis de droit administratif* P. 1)

De Laubadère : *Traite*, P. 47 (١)

(٢) يلاحظ أن نفس الأحكام التي استند إليها خصوم نظرية المرافق العامة في التذليل على انقضاء فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الإداري تشير كلها بصراحة إلى المرافق العامة وتقيم الحكم في النزاع المعروض عليها على أساس المرافق العامة وإن كانت تشترط لتقرير اختصاص القضاء الإداري وتطبيق أحكام القانون الإداري توافر عنصر تكميل آخر .

في قضية Feray du Coudray التي عرض De Corail وقائمتها والحكم الصادر فيها لتذليل على أن أساس القانون الإداري هو فكرة السلطة لا المرافق العامة ، يلاحظ أن الحكم الذي أصدره مجلس الدولة في هذه القضية (10 Janvier 1949 R. 50) بنى صراحة على أساس المرافق العامة . فقد كان موضوع النزاع يدور حول مسئولية إحدى المنظمات المهنية للألبان Groupements Interprofessionnels Laitiers بسبب امتناعها عن إصدار بعض القرارات . قرر مجلس الدولة في حكمه صراحة أن هذه المنظمات « مكلفة بالاشتراك في تنفيذ مرفق عام ولهذا فإن القرارات التي يتعين عليها إصدارها في حدود اختصاصها تعتبر قرارات إدارية » . وواضح من منطوق الحكم أن مجلس الدولة اتخذ الاشتراك في تنفيذ مرفق عام أساساً بنى عليه حكمه باعتبار قرارات هذه المنظمات قرارات إدارية يختص بنظرها القضاء الإداري وتخضع لأحكام القانون الإداري . ومع ذلك فقد حاول De Corail في تعليقه على هذا الحكم أن يقول أن هذه المنظمات تتمتع وفقاً لنصوص قانون إنشائها بإمتيازات السلطة وأنها تستخدم هذه الإمتيازات في مباشرة نشاطها وأن عنصر السلطة هذا هو الذي اتخذ أساساً لتطبيق القانون =

(ثانياً) نظرية السلطة^(١) :

تقوم هذه النظرية على أساس أن الدولة تتمتع بحق السيادة والسلطان ، ولها تبعاً لذلك إرادة ذاتية أعلى من إرادة المحكومين ، ولا تخضع سلطتها لأى قيد الا ما تفرضه هي على نفسها بارادتها من قيود . والأدارة ، بوصفها سلطة عامة تتمتع بجزء من سلطان الدولة ، لا يمكن أن تخضع لسلطان القانون العادى الذى ينظم الروابط والعلاقات بين الأفراد ، وانما يحكمها قانون آخر مستقل عن القانون العادى ، يحدد حقوقها وامتيازاتها واختصاصاتها . وهي وحدها بما لها من إرادة ذاتية عليها هي التى تنشئ قواعد هذا القانون .

وأخطر عيوب هذه النظرية في صورتها الأصلية أنها تطلق يد السلطة العامة في مباشرة نشاطها دون أن تفرض على سلطتها أى قيد خارج عن إرادتها ، فهي لا تقدم لنا معياراً يرجع اليه في رسم حدود سلطة الادارة وامتيازاتها لإزاء الأفراد ، اللهم الا ما تفرضه على نفسها من قيود^(٢) .

هذه هي فكرة السلطة التي يعتبرها فريق من فقهاء القانون العام الفرنسي^(٣) أساس القانون الادارى . غير أنه يلاحظ أن أنصار هذه النظرية

==الادارى وتقرر اختصاص القضاء الادارى (De Corail: La crise de la notion Juridique de service public 1954 P. 187) . كذلك استندت محكمة تنازع الاختصاص صراحة الى فكرة المرافق العامة في حكمها الصادر في قضية Comités Centraux de ravitaillement حيث قررت بصدد بحث مسئولية هيئة التموين عن تلف مواد التموين التي تتول نقلها ، تطبيق أحكام المسئولية الادارية واختصاص القضاء الادارى بنظر النزاع على أساس أن هيئة التموين المنسوب اليها الضرر تقوم بمهمة إدارية تتعلق بمرفق عام « mission administrative de service public » . ومع ذلك يقول De Corail في التعليق على هذا الحكم أن عنصر السلطة الكامن في هذا النشاط المرفق والذي عبرت عنه المحكمة بقولها mission administrative هو أساس الحكم ويتجاهل كلية إشارة الحكم الصريحة الى المرفق العام (De Corail المرجع السابق ص ١٨٨) .

La puissance publique (١)

Auto - Limitation (٢)

(٣) من أبرز أنصار هذه النظرية في فرنسا Rivoire , Berthelemy ; Hauriou , Vedel

أنظر : Berthelemy : Traite elementaire de droit administratif onzieme ed 1926 ; Berthelemy et Rivoire : Cinq ans de reformes administratives, supplement a la 13eme ed . du Troite 1938 ; Hauriou : Precis elementaire de droit administratif 3eme ed . 1933 ; Vedel : Conseil d'etat : etudes et documents 1954 P 21 et suiv .

اختلفوا في مجال التطبيق ، في تصويرهم لها . فرسم لها كل منهم صورة عملية تخالف الصورة التي رسمها غيره .

فقبل أن تظهر نظرية المرافق العامة وتشغل مكانها المرموق الذي سبقت الإشارة اليه في محيط الفقه والقضاء الفرنسيين ، كان أنصار نظرية السلطة يرون أن أعمال السلطة الإدارية نوعان : أعمال سلطة (١) وأعمال إدارة مدنية (٢) . وأن أعمال السلطة هي تلك التي تصدر في صورة أوامر ونواهي *Actes de commandement* وهذه الأعمال وحدها هي التي تخضع للقانون الإداري ويدخل نظرها في اختصاص القضاء الإداري . أما أعمال الإدارة المدنية فهي الأعمال التي لا تأخذ صورة الأوامر والنواهي كال عقود . وهي لا تدخل في نطاق القانون الإداري ولا في اختصاص القضاء الإداري وإنما يحكمها القانون الخاص وتدخل المنازعات التي تنشأ عنها في اختصاص حاكم القضاء العادي .

وعلى هذا يكون المرجع في تحديد أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه في نظر أصحاب هذا الرأي ، هو طبيعة العمل الذي تقوم به الإدارة . فإذا كان من أعمال السلطة كان القضاء الإداري هو المختص وكان القانون الإداري هو الواجب التطبيق . أما إذا كان عملاً من أعمال الإدارة المدنية فإنه يخضع للقانون الخاص ولقضاء المحاكم العادية .

ويعتبر من أعمال السلطة على هذا الأساس الأوامر التي تصدرها سلطات البوليس لصيانة الأمن العام بعكس العقود التي تعقدها السلطة الإدارية فإنها تعتبر كلها من أعمال الإدارة المدنية ولو كانت متعلقة بمشروعات تنفيذها الإدارة العامة بمقتضى ما لها من سلطة عامة . ولا يعتبر موظفاً عمومياً من عمال السلطة الإدارية سوى أولئك الذين يكون لهم حق إصدار أوامر ، ونواهي ملزمة ، وهؤلاء وحدهم يعتبرون في مركز قانوني أو لائحي

Actes d'autorité (١)

Actes de gestion (٢)

وفقاً لأحكام القانون الإداري . أما من عداهم فيعتبرون في علاقتهم بالدولة في مركز تعاقدى ويخضعون لأحكام القانون المدني (١) .

وبعد ظهور المرافق الصناعية والتجارية وتغير نظرة القضاء الإداري لآراء نظرية المرافق العامة الكلاسيكية كما أوضحنا ذلك فيما تقدم عادت نظرية السلطة للظهور في صورة جديدة وإن تكن غير مقطوعة الصلة بصورتها الأصلية القديمة (٢) .

وخلاصة نظرية السلطة في صورتها الجديدة أن أساس القانون الإداري هو السلطة *La puissance publique* لا المرافق العامة ، وإن القانون الإداري لا يطبق إلا حيث تستخدم الإدارة الامتيازات المقررة للسلطة العامة (٣) أو حيث يوجد عمل أو تصرف يقوم على فكرة السلطة ، بمعنى أن طبيعة العمل ذاته ، وطبيعة الوسائل التي يستخدمها من قام بالعمل ، هي التي يرجع إليها في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري (٤) .

Berthelemy : Traite elementaire de droit administratif onzieme edition 1926 (١)
P 56 et 57 et 1087 - 1088

لم يعمل بهذا الرأي إلا فترة قصيرة بدأ القضاء الإداري بعدها يطبق نظرية المرافق العامة وبدأ جمهور الفقهاء ينتصرون لنظرية المرافق العامة كما سبق البيان .

(٢) يقول الأستاذ Waline عن نظرية السلطة في صورتها الجديدة أنها

“ Une tentative de rajeunissement d'une theorie longtemps dominante ” (Waline : situation actuelle du droit administratif en France, Juris - Classeur administratif, Preface P. 6)

Waline : Juris - classeur administratif Preface P. 6 (٣)

“ ... c'est la nature du procede de droit utilisé, du comportement de (٤) l'auteur de l'acte, de l'operation accomplie qui est a la base du regime administratif et partant de la Competence de la Jurisdiction administrative ” (De Corail : La Crise de la notion juridique de service public en droit administratif francais, preface de M. Couzinet P 10) .

ويؤخذ على نظرية السلطة في هذه الصورة :

١ - أنها تكاد تطلق يد السلطة الادارية في مباشرة نشاطها وفي استخدام وسائل السلطة في أداء وظائفها . فلا تكاد تنبئ في صورتها السابقة بمباراة محدداً يرجع اليه في تعرف مدى حق السلطة الادارية في استخدام حقوق السلطة لإزاء الأفراد وفرض القيود على حرياتهم وحقوقهم .

٢ - إنها وإن كانت تصلح أساساً لتحديد نطاق تطبيق القانون الاداري واختصاص القضاء الاداري بالنسبة للقرارات الادارية والأعمال التي تنطوي على مظهر السلطة واستخدام السلطة الا أنها لا تصلح لتحقيق هذه الغاية حيث يكون العمل المنسوب للسلطة الادارية خطأ أو أهمالاً ، لأن الخطأ أو الإهمال عمل بطبيعته غير إرادي ولا يمكن تصور استخدام وسائل السلطة فيما يقع من أعضاء السلطة الادارية من أخطاء غير مقصودة . وعلى هذا فان تطبيق معيار السلطة يؤدي الى أن مسئولية السلطة الادارية عن خطأها تبقى دائماً وفي كل الأحوال خاضعة للقانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي وهو ما يخالف حكم القانون الاداري الفرنسي في هذا الشأن (١)

٣ - أنها لا تتفق وأحكام القضاء الاداري الفرنسي في هذا الشأن . ذلك أن أحكاماً كثيرة لهذا القضاء لا تطبق فكرة السلطة ولا تستند اليها في تحديد نطاق تطبيق القانون الاداري واختصاص القضاء الاداري (٢) .

Waline : Juris - classeur administratif Preface P. 7 et 8 ; De Corall (١)
Préface P. 11 et 12

(٢) في الحكم الصادر في قضية Stein بتاريخ ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٠ قرر مجلس الدولة أن الدولة حين تدبر مرفقاً صناعياً أو تجارياً توجد إزاء عملاء المرفق في نفس المركز الذي يوجد فيه أي مقالر عادي الهم إلا إذا وجدت شروط خاصة Clauses spéciales خاصة متعلقة بسير المرفق Conditions particulieres de fonctionnement du service « قضى على العقود الخاصة المبرمة بين الإدارة والملاء صفة العقود الادارية » . ويستفاد من منطق هذا الحكم أن مجلس الدولة لا يستند في إعفاء صفة العقد الاداري على العقود التي تقدمها المرافق الصناعية أو التجارية مع عملائها ، لا يستند المجلس في ذلك الى فكرة السلطة . وفي الحكم الصادر في قضية Jacquin بتاريخ ١٤ مايو سنة ١٩٤٨ أقرت المحكمة إختصاص المحاكم العادية بنظر النزاع على أساس أنه ليس في ظروف عمل المرفق فيما يتعلق بالألعاب النارية التي يتولى تنفيذها ما يجعل هذه العملية مختلفة عن مثلها مما يتولاه الأفراد . ومعنى هذا أن المحكمة لم تستند في تعيين المحكمة المختصة بنظر النزاع الى فكرة السلطة وإنما اكتفت بالاستناد إلى قيام تشابه قام بين العملية التي قام بها المرفق ومثلها مما يقوم به الأفراد (أنظر Waline المرجع السابق ص ٧ ، ٨) .

ويبدو لمن يتأمل فيها كتبه Hauriou بضد تحديد أساس القانون الإداري أنه وإن كان يؤيد فكرة السلطة كأساس للقانون الإداري (١) ، إلا أنه لا يطلق يد السلطة العامة في استخدام حقوق السلطة وامتيازاتها إزاء الأفراد ، ولا يكتفى بما تفرضه هذه السلطة على نفسها من قيود بمحض إرادتها ، ولكنه يرى أن القيود المفروضة على حقوق السلطة العامة لم تعد قيوداً خاضعة لأرادتها وحدها أى لم تعد مجرد قيود إرادية اختيارية ولكنها تحولت بإرادة هذه السلطة الى قيود موضوعية فأصبحت بذلك نظاماً مفروضاً على السلطة العامة . وهذا النظام المفروض هو نظام المرافق العامة (٢) .

ويكاد رأى هوريو يتفق مع رأى أنصار نظرية المرافق العامة فيما يتعلق بالقيود المفروضة على حق الادارة في استخدام حقوق السلطة إزاء الأفراد . فهذه القيود تتركز في الحالتين في المرافق العامة . وينحصر الفرق بين الرأيين في أن أنصار نظرية المرافق العامة يقولون أن هذه القيود تستمد قوتها الإلزامية من طبيعة القاعدة القانونية ذاتها التى تستمد قوتها بدورها من المرافق العامة ، بينما يرى هوريو أن السلطة العامة هى التى قبلت بإرادتها تقييد سلطتها بهذا القيد وأن هذا القيد تحول بإرادتها من قيد اختيارى الى قيد موضوعى ملزم . والفرق بين الرأيين كما يبدو ليس سوى فارق نظرى ليس له أى أثر قانونى طالما أن هوريو يسلّم في النهاية بأن فكرة المرافق العامة تفرض سلطانها على الادارة العامة كقيد موضوعى وأن هذا القيد لم يعد يستند الى إرادة ذاتية حرة للسلطة الإدارية .

(١) يرى Hauriou أن القانون الإداري هو قانون السلطة العامة

Un droit de puissance publique

وهو يعرف هذا القانون بأنه القانون الذى ينظم النشاط القانوني والفنى للإدارات العامة Administrations publiques بما في ذلك استخدام الإمتيازات المقررة لها (Précis elementaire de droit adm 3em et 1933 Preface et P. 12

(٢) " Ainsi si le regime administratif repose essentiellement sur le pouvoir, il faut reconnaitre que le pouvoir s'est institué C. a d. encadre dans une organisation soumise a une idee, Cette idee est celle d'un service a rendre au public ou du service public. . .

وأنظر أيضاً في شرح هذا رأى

(Buttgenbach : Théorie generale des modes de gestion des services publics en Belgique 1932 P. 7 et suiv) .

ويلدو كذلك أن الفقيه Vedel وهو أيضاً من أنصار نظرية السلطة ومن خصوم نظرية المرافق العامة لا يأخذ بنظرية السلطة على إطلاقها .

فهو يرى أن نشاط السلطة التنفيذية هو وحده الذى يمكن أن يخضع لأحكام القانون الإدارى ولاختصاص القضاء الإدارى . وأن رسالة هذه السلطة (السلطة التنفيذية) تشمل طبقاً لنص المادة ٤٧ من الدستور (الفرنسى) صيانة النظام العام بواسطة البوليس وسد الحاجات العامة للمجتمع عن طريق المرافق العامة . وعلى هذا فلا محل في نظره لتطبيق القانون الإدارى وتقرير اختصاص القضاء الإدارى الا حيث يوجد نشاط يتعلق بتنفيذ رسالة السلطة التنفيذية . والسلطة التنفيذية تعمل أصلاً بمقتضى ما لها من حق السيادة الذى يحوّلها امتيازات خاصة لإزاء الأفراد . وعلى هذا فان نشاط السلطة التنفيذية الذى يخضع للقانون الإدارى ولاختصاص القضاء الإدارى ، هو النشاط الذى تستخدم السلطة التنفيذية في مباشرته ما تتمتع به من امتيازات خاصة هي امتيازات السلطة العامة . والنشاط المتعلق بصيانة النظام العام هو بطبيعته من هذا النوع . أما النشاط المتعلق بالمرافق العامة فان لا يكون دائماً كذلك نظراً لأنه يوجد في الوقت الحاضر مرافق تدار وفقاً لأساليب القانون الخاص . ولهذا فانه لا يخضع من هذا النشاط للقانون الإدارى الا ما تستخدم السلطة التنفيذية في مباشرة حقوق السلطة وامتيازاتها .

وهذه خلاصة رأى Vedel كما حددها هو في مقال نشره سنة ١٩٥٤ في مجلة مجلس الدولة الفرنسى (١) .

واذا لاحظنا أن صيانة النظام العام هو في حقيقته مرفق عام ، فانه يمكن القول بأن Vedel يشترط لخصوع النشاط الذى تقوم به السلطة الادارية ، للقانون الإدارى ، كما يشترط لتقرير اختصاص القضاء الإدارى شرطان :

الأول : أن يكون هذا النشاط متعلقاً بمرفق عام .

والثاني : أن تستخدم السلطة التنفيذية في مباشرته حقها في السيادة .

ويفهم من هذا أن Vedel يعتبر المرافق العامة عنصراً أساسياً في تكوين القانون الإداري (١) .

(ثالثاً) رأى الفقيه Waline في تحديد أساس القانون الإداري :

يرى Waline أن المرافق العامة لا تصلح أساساً للقانون الإداري نظراً لغموض فكرتها وعدم وجود تعريف قانوني محدد لها ، وعدم إمكان الاستناد إليها في تحديد نطاق القانون الإداري تحديداً دقيقاً بسبب خضوع المرافق الصناعية والتجارية للقانون الخاص .

وهو يرى الاستعاضة عن فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الإداري بفكرة المنفعة العامة *l'idee d'utilité publique*

ويقول في تأييد وجهة نظره أن الإدارة حين تستخدم حقوق السلطة وحين تقرر إدارة مرفق عام وفقاً لأحكام القانون الإداري إنما تفعل ذلك لتحقيق مصلحة عامة .

ف تطبيق القانون الإداري على المرافق الإدارية دون المرافق الصناعية والتجارية يتقرر وفقاً لما تمليه فكرة المنفعة العامة وحاجة النوع الأول من المرافق دون الثاني لقواعد القانون الإداري .

وكذلك الحال بالنسبة لتطبيق القانون الإداري على العقود التي تبرمها الإدارة فإنه إنما يتقرر وفقاً لما تقتضيه فكرة المنفعة العامة (٢) .

وأهم ما يلاحظ على رأى Waline أنه لا يقدم معياراً محدداً ، لأن فكرة المنفعة العامة لا تحمل معنى محدداً تستقل به وهي إن صلحت عنصراً يدخل

(١) يمتد Vedel في خلال مقاله صراحة في أكثر من موضع بأهمية المرافق العامة في القانون الإداري ، فهو يقرر صراحة في مقاله المذكور ما يلي :
"Ainsi le service public demeure une notion essentielle du droit Administratif."
(المرجع السابق ص ٤١) .

(٢) *Juris classeur administratif* المرجع السابق المقدمة ص ٤ وما بعدها .

في تكوين فكرة المرافق العامة أو فكرة السلطة العامة فانها لا تصلح معياراً مستقلاً يرجع اليه في تحديد نطاق تطبيق القانون الادارى واختصاص القضاء الادارى .

رابعاً) رأى Chenot

تمهيد : قلنا في أكثر من موضع فيما تقدم أنه في الوقت الذي كان فيه نشاط الدولة محصوراً في النطاق الادارى البحت ، وهو الوقت الذي سادت فيه النظرية الكلاسيكية للمرافق العامة ، كانت المرافق العامة كلها مرافق من نوع واحد يتكون من عناصر متجانسة كلها تدخل في دائرة القانون العام . هذه العناصر هي على التحديد ١- شخص إدارى (من أشخاص القانون العام) ، ٢- يباشر نشاطاً عاماً (هدفه النفع العام) ، ٣- وفقاً لأحكام القانون العام .

وعلى هذا الأساس كان هناك توافق تام بين المرافق العامة والقانون الادارى بمعنى أن المرافق العامة كانت تخضع في كل عناصرها للقانون الادارى . فالمهمة التي تدير النشاط هيئة عامة تخضع للقانون الادارى ، والنشاط الذي تديره نشاط عام (نفع عام) يخضع للقانون الادارى . ولهذا لم يكن القضاء ولا الفقه يعنى بالتمترقة بين الهيئة التي تدير النشاط وبين النشاط ذاته فكلهما مرفق عام يخضع لأحكام القانون الادارى .

غير أنه مع تطور الظروف الاقتصادية ومع حلول نظريات الاقتصاد الموجه محل نظريات الاقتصاد الحر ، بدأت الدولة تتدخل في الميدان الاقتصادى وتنشئ هيئات جديدة تدير نشاطاً من نوع جديد ، نشاطاً تجارياً وصناعياً من نفس نوع النشاط الذى يتولاه الأفراد . ومع هذا التطور بدأت بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسى (١) تفرق بين الهيئة التي تدير

(١) من أحكام هذا النوع التي أثارت إعنف وأشد نقاش عرف بين فقهاء القانون العام في فرنسا الحكم الصادر في قضية Monpeurt بتاريخ ٣١ يولييه سنة ١٩٤٢ (D. C. 1942, 138)
والحكم الصادر في قضية Bougaen بتاريخ ٢ ابريل سنة ١٩٤٣ (S. 1944, 3.1) .
قرر مجلس الدولة في الحكم الأول أن لمجان التنظيم Comités d'organisation التي أنشأها ==

النشاط وبين النشاط ذاته ، وقرر المجلس في بعض أحكامه اعتبار بعض أنواع النشاط الاقتصادي الذي تتولاه الهيئات الجديدة التي أنشأتها الدولة مرافق عامة دون أن يتعرض للهيئة التي تدبر هذا النشاط بأى اشارة فلم يقرر ما اذا كان يعتبر هذه الهيئة مؤسسة عامة أى شخصاً إدارياً يدير مرفقاً عاماً وفقاً للتعريف التقليدى للمؤسسات العامة أو شخصاً من أشخاص القانون الخاص أو شخصاً إدارياً من نوع جديد . وقرر بين أعمال الهيئات التي تدبر هذا النشاط فأخضع بعضها للقانون الإدارى ، والبعض الآخر للقانون الخاص .

واختلف الفقه الفرنسى في تقديره لهذه الأحكام اختلافاً كبيراً . فانتقد البعض (١) انكار صفة المؤسسة العامة بالنسبة للهيئات التي تدبر مرافق عامة وتتمتع في مباشرة نشاطها بامتيازات السلطة العامة ، ورأوا اعتبارها مؤسسات عامة صناعية وتجارية تخضع للقانونين العام والخاص معاً ، ورأى البعض اعتبار هذه الهيئات التي تدبر مرافق عامة مؤسسات خاصة ، واعتبرها فريق ثالث أشخاصاً إدارية من نوع جديد (٢) .

رأى Chenot : أما Chenot فوقف إزاء هذه الأحكام موقفاً متطرفاً أثار نقد معظم فقهاء القانون العام الفرنسى (٣) . فقد أغفل الاشارة الصريحة الى المرافق العامة التي وردت في كثير من هذه الأحكام ، وخرج من دراساتها برأى شخصى خلاصته أن القضاء الإدارى لم يعد يهتم بالنظريات القانونية ، وهو لا يعنيه أن يؤسس أحكامه على نظرية قانونية معروفة أو نظام قانونى معين ، ولكنه تحرر في اتجاهاته الحديثة من سلطان النظريات القانونية ،

== القانون لحصر المواد اللازمة للصناعات والاشراف على توزيعها تحت إشراف الوزير المختص ، قرر المجلس أن هذه الجان تدبر مرفقاً عاماً هو مرفق التوجيه الاقتصادى دون أن تحدد صفة هذه الجان .

وقرر في الحكم الثانى أن نقابة الأطباء تدبر مرفقاً عاماً دون أن يحدد صفة النقابة ذاتها . وهو في كلا الحكمين اعتبر النشاط في ذاته مرفقاً عاماً وأغفل تحديد طبيعة المنظمة التي تدبر النشاط .

(١) Drago : Les crises de la notion d' établissements publics 1950 p 100

(٢) أنظر في كل ذلك De Corail المرجع السابق ص ١٥٣ وما بعدها .

(٣) De Corail p. 167, Walpé : Juris - classeur administratif Preface (٣)

فهو ينظر لكل عمل على حدة دون نظر للهيئة التي صدر عنها ، ويُقضى في كل حالة إما بتطبيق القانون الخاص أو تطبيق القانون العام وفقاً لطبيعة العمل ذاته وبالرجوع للظروف المحيطة به .

وربب Chenot على ما تقدم نتيجة أخرى هي أن القضاء الإداري في نظره لا يؤسس أحكامه على نظرية المرافق العامة ، ولكنه ينظر الى طبيعة العمل ذاته بصرف النظر عن صلته بالمرافق العام ، وأن المرفق العام لم يعد هيئة organisation أو مشروعاً entreprise أو نشاطاً من نوع خاص يرجع اليه القضاء في تحديد نطاق القانون الإداري ، ولكنه أصبح مجرد نظام قانوني regime de droit يطبقه القاضي في الحالات التي يرى فيها أن العمل محل النزاع هو حسب طبيعته وظروفه من نوع الأعمال التي يحكمها القانون العام (١) .

وقد قوبلت آراء Chenot باعتراض ونقد شديدين من معظم فقهاء القانون العام في فرنسا . فليل في نقدها :

١ - أنها تتعارض مع الحقيقة التي تؤيدها أحكام مجلس الدولة الفرنسي . فلا يزال مجلس الدولة يعترف بوجود المرافق العامة ويستند إليها في قضائه (٢) .

٢ - أنها لا تتضمن أى تحديد للعناصر التي يمكن الرجوع إليها في تحديد طبيعة العمل موضوع النزاع وما إذا كان يخضع للقانون العام أو للقانون الخاص (٣) .

٣ - أن إطلاق الحرية للقاضي في أن يحكم في كل ما يعرض عليه من منازعات وفقاً لظروف كل حالة على حدة دون التقيد بالنظريات والمبادئ القانونية يجعل القضاء قضاء تحكيمياً خاضعاً لحض رأى القاضي وإرادته ويحرم المتقاضين من أهم ضمانات القضاء (٤) .

(١) " Le service public n'est plus une institution, c'est un régime, c'est l'application des règles du droit public à certains actes..."

V. chenot : La notion de service public dans la Jurisprudence économique du conseil d'état (Conseil d'état, études et documents 1950 P. 77 et suiv)

(٢) و (٣) De Corail P° 168 — 169

(٤) Waline المرجع السابق ص ١٤

أساس القانون الإدارى ونطاق تطبيقه فى مصر

على أى أساس يمكن إقامة بناء القانون الإدارى المصرى وما المعيار الذى يمكن الرجوع إليه لتحديد نطاق تطبيق هذا القانون (١) ؟

أثار البحث فى تحديد أساس القانون الإدارى ونطاق تطبيقه فى فرنسا نقاشاً فقهياً حاداً عرضنا صورته كاملة فيما تقدم . والمعروف أن القانون الإدارى المصرى كالقانون الإدارى الفرنسى هو قانون غير مقنن . وفى مصر كما هو الحال فى فرنسا لا توجد نصوص تحدد بصفة قاطعة الأساس الذى يشاد عليه بناء هذا القانون أو تحدد نطاق تطبيقه .

فالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بشأن تنظيم مجلس الدولة وهو أهم التشريعات الإدارية فى مصر نص صراحة على اختصاص محاكم القسم القضائى بمجلس الدولة بنظر طلبات إلغاء القرارات الإدارية سواء أكانت صادرة فى شأن الموظفين العموميين أو فى شأن الأفراد . كما نص على اختصاص هذه المحاكم بنظر المنازعات الخاصة بمرتبات ومعاشات ومكافآت الموظفين العموميين أو لورثتهم ، والمنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأى عقد إدارى آخر (م ٨ و ١٠) .

لكن المشرع لم يعن فى هذا القانون بتحديد المعيار الذى يرجع إليه فى تعريف الموظف العمومى والقرار الإدارى والعقد الإدارى ، وهذا معناه أن قانون مجلس الدولة أغفل تعيين أساس القانون الإدارى فى مصر .

(١) نود ان ننبه بصفة خاصة الى ان البحث فى هذا الموضوع ما كان ليثار مطلقا لو أن القانون الإدارى كان مقننا لان النصوص التشريعية كانت تتكفل فى هذه الحالة بتقرير المبادئ العامة لهذا القانون وتحديد نطاق تطبيقه .

حقيقة يلاحظ أن بعض التشريعات المصرية الحديثة أشارت في نصوص صريحة الى المرافق العامة (١) ، وأورد المشرع في هذه النصوص بعض مبادئ وأحكام القانون الإدارى المتعلقة بالمرافق العامة (٢) ، كما أن المذكرة الأيضاحية لقانون مجلس الدولة الحالى (رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥) والمذكرات الأيضاحية لبعض التشريعات الأخرى ، أشارت صراحة الى المرافق العامة وللمبادئ القانون الإدارى التى تحكمها (٣) .

ولا شك أن ما ورد في نصوص هذه التشريعات ومذكراتها الأيضاحية يدل على أن المشرع المصرى أقام المبادئ التى تضمنتها بعض هذه التشريعات على أساس فكرة المرافق العامة . لكنه لا يصلح دليلاً قاطعاً على أن المشرع المصرى أراد أن يقيم بناء القانون الإدارى كله على أساس فكرة المرافق العامة أو أنه أراد أن تكون المرافق العامة هى المعيار الوحيد الذى يرجع اليه فى تحديد نطاق تطبيق القانون الإدارى فى مصر . بل أنه يبدو من مراجعة نصوص بعض التشريعات المصرية أو مذكراتها الأيضاحية ، أن فكرة المرافق العامة ذاتها لا تزال محوطة بشئ من الغموض يجعل من المتعذر على الباحث أن يستخلص من نصوص هذه التشريعات معنى مجدداً واضحاً للمرافق العام .

ففى قانون بلدية القاهرة مثلاً (معدلاً بالقانون رقم ٢٧٨ لسنة ١٩٥٤) حددت المادة ٢٠ اختصاصات المجلس البلدى كما يلى :

(١) أنظر القانون رقم ٢٢١ لسنة ١٩٥٦ بتعديل قانون إنشاء مجلس بلدى القاهرة والقانون رقم ٢٨٨ لسنة ١٩٥٦ فى شأن تعديل شروط استغلال المرافق العامة فى دوائر اختصاص وزارة الشؤون البلدية والقروية والمجالس البلدية . والقانون رقم ٢٩٤ لسنة ١٩٥٦ بالإذن لوزير الحربية فى منح حق استغلال مرفق صيد الإسفنج بالمنطقة القريبة من المياه الإقليمية . والقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٠ فى شأن النقل العام للركاب بالسيارات .

(٢) أنظر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ بإضافة مادة جديدة الى القانون السابق .

(٣) أنظر بصفة خاصة المذكرة الأيضاحية لقانون رقم ٥٣٨ لسنة ١٩٥٥ السابق الإشارة اليه .

يُختص المجلس بالإشراف على تنفيذ قانونه ولائحته الداخلية ... الخ .
كما يختص بإصدار القرارات في المسائل الآتية :

(أولاً)

١ - عمليات المياه والأتارة والمجارى وشئون النظافة العامة ووسائل
المواصلات .

٢ - إنشاء الشوارع والميادين والقناطر والمنزّعات العامة أو إغلاقها
أو حفظها ... الخ .

٣ - الأسواق العامة والمذابج والخمائم والمغاسل العامة .

٤ - الجبانات .

٥ - دور التمثيل والسينما والملاهي وغيرها من المحال العمومية .

٦ - الاعلانات على اختلاف أنواعها .

٧ - كل ما يتعلق بالمطافى وجميع الاجراءات الخاصة بالحرق
من الحريق .

٨ - الشئون الصحية العامة للمدينة .

٩ - كل ما يتعلق بالمرافق العامة .

والواضح أن معظم المسائل التي وردت في الفقرات من (١) الى (٨)
هي مرافق عامة وفقاً لما استقر على رأى الفقه والقضاء . ومع ذلك فقد نص
المشرع في فقرة خاصة هي الفقرة (٩) على المرافق العامة . وقد يوم
هذا الوضع بأن المشرع يعتبر المسائل التي وردت في الفقرات السابقة
على الفقرة (٩) مختلفة في نوعها وطبيعتها عن المسائل التي أشار اليها في الفقرة
(٩) أى أنه لا يعتبرها مرافق عامة (١) .

(١) تكرر النص بنفس الصيغة ونفس الوضع في قانون بلدية الاسكندرية مد لا بالقانون

واستعمل المشرع المستوى اصطلاح « المرافق العامة » في المادة ٩٨ من دستور جمهورية مصر ، وتكلم في المادة ١٣٧ عن حق رئيس الجمهورية في إصدار القرارات اللازمة لترتيب « المصالح العامة » ، مما قد يثير الشك في حقيقة المقصود من الاصطلاحين .

وبالنسبة للقضاء الإداري في مصر ، يلاحظ أن محكمة القضاء الإداري قررت في بعض أحكامها أن الموظف العمومي هو من يعهد اليه بعمل دائم في خلية مرفق عام (١) وأن المؤسسات العامة أشخاص إدارية تقوم على إدارة مرفق عام أو مرافق عامة معينة محددة (٢) ، وأن طبيعة القرار الإداري تحدد بالرجوع الى المعيار الشكلي أى بالرجوع الى السلطة التي أصدرت القرار (٣) وأن النقابات ومنها نقابة المهن الهندسية وان لم تدخل في نطاق المؤسسات العامة الا أنها تعتبر من أشخاص القانون العام ، ويترتب على ذلك أن قراراتها تعتبر قرارات إدارية مما يجوز الطعن فيها بدعوى الالغاء أمام القضاء الإداري (٤) . وقضت المحكمة الإدارية العليا برفض طلب وقف تنفيذ قرار إداري على أساس أن اجابة هذا الطلب يترتب عليه تعطيل سير مرفق عام (٥).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بجلسته ٨ مارس سنة ١٩٥٣ (مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ص ٧ ص ٦١١) .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بجلسته ٢٦ فبراير سنة ١٩٥٢ (مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ص ٦ ص ٥٣٤) والأحكام الأخرى المبدئية التي أصدرتها نفس الدائرة بنفس الموضوع .

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري بجلسته ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٣ (مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ص ٧ ص ١٨٢٥) وحكمها الصادر في ٧ فبراير سنة ١٩٥٧ (مجموعة ص ١١ ص ٢٠٣) .

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري بجلسته ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٠ (مجلة المحاماة ص ٣٣ ع ٧ ص ١٠١٥) ويبدو أن المحكمة تأثرت في هذا الحكم بقضاء مجلس الدولة الفرنسي السابق الإشارة اليه في قضيتي Bouguen ، Monpeurt فجارت هذا بقضاء في إنكار صفة المؤسسة العامة على نقابة المهن الهندسية وإن كانت خالفت الأحكام الفرنسية في الاعتراف لها صراحة بصفة الشخص الإداري بعكس الحال في فرنسا كما سبق البيان .

(٥) حكم صادر بجلسته ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٥ (مجموعة المبادئ القانونية التي أصدرتها المحكمة الإدارية العليا ص ١ ع ١ ص ٦٤)

ومع ذلك فإنه لا يستفاد من مجموع الأحكام التي أصدرها قضاؤنا الإداري إلى اليوم ، أنه قطع برأى في تحديد أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه . ولا يزال واجب الفقه يقتضيه أن يبدل مزيداً من الجهد في سبيل تحديد الأساس الذي يتعين أن يشاد عليه بناء القانون الإداري .

— ٣ —

رأينا في تحديد أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه في مصر

لقد أخذت مصر بالنظام الإداري الفرنسي ، فأنشأت قضاءً إدارياً مستقلاً على غرار القضاء الإداري الفرنسي ، وتكون فيها قانون إداري مستقل على غرار القانون الإداري الفرنسي . وتردد الفقه الفرنسي في معرض تحديد أساس القانون الإداري الفرنسي ونطاق تطبيقه بين معيارين سبقت الإشارة إليهما وإلى ما دار حولهما من نقاش وهما فكرة السلطة وفكرة المرافق العامة . فهل يمكن الأخذ بأحد هذين المعيارين في مصر ؟ .

إن الاستناد إلى فكرة السلطة وحدها في بناء القانون الإداري وتحديد نطاق تطبيقه يؤدي إلى إطلاق يد السلطة الإدارية في التدخل في شئون الأفراد وفرض القيود على حقوقهم وحرياتهم دون أن تكون هناك قيود مفروضة عليها لضمان حقوق الأفراد وحرياتهم ، وهذا يخالف أحكام الدستور المصري . فقد كفل دستور جمهورية مصر حقوق الأفراد وحرياتهم وحرمة المساس بها إلا في حدود القانون (١) .

== ويتلخص موضوع القضية التي صدر فيها الحكم فيما يلي :

طلب المدعي وقف تنفيذ القرار الصادر بنزع ملكية أرض مملوكة له لإقامة مستشفى عليها وأثناء نظر الدعوى استبان للمحكمة أن الاستيلاء على الأرض قد تم بمعرفة الإدارة وشرع فعلاً في إقامة المستشفى عليها . تملك المدعي بأن الأرض كانت خالية وقت تقديم طلب وقف التنفيذ . قررت المحكمة رفض طلب وقف التنفيذ وقالت في تقرير حكمها " ... مهما يكن من أمر في قيمة هذا الادعاء (بأن الأرض كانت خالية عند تقديم الطلب) عند نظر أصل الموضوع فإن المصلحة العامة والمصلحة الفردية لا تتوازيان في مجال الروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة والأفراد بل يجب أن تطو المصلحة العامة في مثل هذا الأمر الذي يتعلق بتسيير مرفق عام " .

(١) راجع مواد الباب الثالث من الدستور في تحديد "الحقوق والواجبات العامة" .

وطبقاً لنصوص الدستور لا يجوز للسلطة الادارية أن تتخذ إجراء ماساً بحريات الأفراد وحقوقهم الا في حدود القانون .

وقد رأينا كيف عالج الفقيه Hauriou في فرنسا هذا العيب ، فانه مع انتصاره لفكرة السلطة كأساس للقانون الإداري يرى أن السلطة الادارية مقيدة في مباشرة نشاطها بقيد موضوعي هو المرافق العامة (١) .

ومع ذلك فانه يبدو أن الرأي القائل بحق السلطة الادارية في تقييد حقوق الأفراد وحرياتهم دون أن تكون سلطتها في ذلك مقيدة بأى قيد طالما أنها تعمل في سبيل أداء رسالتها العامة مسهدة المصلحة العامة . يبدو أن هذا الرأي له أنصار في مصر (٢) .

وعلى عكس هذا تبدو فكرة المرافق العامة أساساً صالحاً لبناء القانون الاداري وتحديد نطاق تطبيقه، لأن المرافق العامة وفقاً لما استقر عليه رأى الفقه

(١) راجع في عرض رأى Hauriou ما تقدم ص ١٣

(٢) فقرأ في رسالة الدكتور محمد كامل سند ليله عن " النظرية العامة للتنفيذ المباشر في القانون الاداري " ما يلي :

"وان الإدارة تتمتع بجانب من السلطة العامة وتستطيع استخدامها في الوقت المناسب اذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك ، ولا يصح الاعتراض على هذا التصرف من جانب الإدارة بحجة أنها عندما تستخدم القوة من تلقاء نفسها تخالف بذلك القانون اذ المفروض ان الإدارة جادة في تصرفاتها فهي تحضر قراراتها بعناية وتفحص الموضوع بدقة بواسطة الخبراء والفنيين وتزن الأمور لتحين مالها وما عليها وتتصرف بعد ذلك على ضوء بحثها وتحقيقها للموضوع كما يفعل القاضي تقريباً (ص ١٤٥) ويقول في موضع آخر " ان تصرفات الإدارة مقصود بها نفع عام فان تمارس تحقيق النفع العام واصطدم بحرية فرد أو مجموعة افراد فلا غشاضة في ذلك اذ أننا نقارن بين الأهم والمهم والصالح العام هو المقدم ... " (ص ١٤٧) .

ويرى فريق كبير من فقهاء القانون العام في مصر أن من حق السلطة الادارية أن تتخذ ما تراه لازماً من إجراءات البوليس ضد حريات الأفراد وحقوقهم ولو لم يوجد نص قانوني يخولها هذا الحق ، ويبررون رأيهم بأن المحافظة على النظام العام تدخل في الاختصاصات الطبيعية لسلطة البوليس دون حاجة للنص عليها وان من حق هذه السلطة أن تعمل لصيانة النظام من تلقاء نفسها دون حاجة لنص خاص يخولها هذا الحق .

(أنظر رأى الدكتور السيد صبرى ، الدكتور حسن راشد جرائه وفقده في دروس القانون الاداري المؤلف طبع سنة ١٩٤٦ ص ٣٤٦ وما بعدها) .

وأساس هذه الآراء نظرية السلطة التي سبق شرحها وعيها ظاهر في هذا التطبيق .

الحديث في فرنسا وفي مصر هي مشروعات (١) تنشأ بقانون أو بناء على قانون لتحقيق أغراض النفع العام وتخضع في إدارتها للرأى الأعلى للسلطة الحاكمة .

فاذا اتخذت المرافق العامة أساساً للقانون الإدارى فانه يترتب على هذا أن الإدارة لا يكون لها حق استخدام امتيازاتها المقررة في القانون الإدارى الا اذا كان العمل الذى تقوم به متعلقاً بمرفق عام ومتفقاً مع حاجات المرافق العامة . فاذا اقتضت مصلحة المرفق أن تتدخل السلطة الإدارية في نشاط الأفراد وأن تقيّد حقوقهم لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، فان استخدامها لسلطتها في هذا الشأن يكون متفقاً مع المبادئ الدستورية العامة ومع نصوص دستور جمهورية مصر بصفة خاصة ، لأن استخدام السلطة في هذا الحالة يكون مستنداً الى القانون الذى أنشأ المرفق العام .

وقد أنشئت مبادئ القانون الإدارى المعروفة الآن في فرنسا على أساس فكرة المرافق العامة ، وكان للمدرسة المرافق العامة هناك أكبر الفضل في مقاومة نظرية السيادة المطلقة وتقييد حق السلطات العامة في استخدام سلطتها ازاء الأفراد ، كما يعترف بذلك صراحة خصوم نظرية المرافق العامة أنفسهم (٢) .

غير أنه يلاحظ أن المرافق العامة لم تعد كلها في الوقت الحاضر مرافق إدارية بحتة (٣) وأن المرافق الصناعية والتجارية تخضع باتفاق الفقه والقضاء في الوقت الحاضر للقانونين العام والخاص معاً كل في نطاق محدد .

(١) التعبير عن المرفق بأنه مشروع يشمل المنظمة التي تدبر النشاط كما يشمل النشاط ذاته فالتعليم مثلاً مرفق عام والمدارس والجامعات كذلك مرافق عامة وقولنا أن المرفق مشروع يحدد النشاط الذى يمتد مرفقاً بأنه النشاط المنظم .

(أنظر كتاب المرافق العامة للمؤلف طبعة سنة ١٩٥٢ . وانظر أيضاً :

Buttgenbach : Théorie generale des modes de gestion des services publics en (Belgique 1953 P. 27 et suiv.)

(٢) يقول الأستاذ Vedel

“... l'école du service public a efficacement combattu et dissipé les vieux fantômes de la souveraineté illimitée, et de la transcendance absolue de la puissance publique...”

(Conseil d'état, Etudes et documents 1954 P. 35 et 36)

(٣) المرافق الادارية تتمتع بملئيتها على عنصر السلطة في إدارتها ولهذا فإنها تخضع كقاعدة عامة لقانون الاداري في جميع أوجه نشاطها .

ولهذا فإن فكرة المرافق العامة لم تعد تصلح وحدها أساساً كافياً لإنشاء مبادئ القانون الإدارى وتحديد نطاق تطبيقه . لأن مصلحة المرافق العامة الصناعية والتجارية لا تستلزم فى كل الأحوال إنشاء قاعدة إدارية تحكمها . وقواعد القانون الخاص قد تكون أكثر ملاءمة لتحقيق أهداف هذه المرافق بالنسبة لبعض أوجه النشاط الذى تتولاه .

وعلى هذا فإن وجود مرفق عام صناعى أو تجارى لا يستتبع حتماً تطبيق مبادئ وقواعد القانون الإدارى . بل أن الأمر يتطلب فى مثل هذه الحالات البحث عن معيار تكيفى يرجع إليه فى تحديد نطاق تطبيق كل من القانون الإدارى والقانون الخاص فى دائرة نشاط المرافق الصناعية والتجارية . هذا المعيار التكيفى هو فى رأينا فكرة السلطة .

لكننا إذ نقرر الأخذ بمعيار السلطة فى هذا النطاق نحصر على أن ننهب الى أمرين :

الأول : أننا لا نوافق على ما ذهب إليه أنصار نظرية السلطة فى فرنسا فى تحديد هذا المعيار .

فهم يشترطون لتوافر عنصر السلطة ، أن تكون السلطة الإدارية قد استخدمت فعلاً فى مباشرة نشاطها وسيلة من وسائل القانون العام أى أن تكون قد اتخذت إجراءات من الاجراءات التى تختص السلطة العامة وحدها باتخاذها أو أن تكون قد ضمنت العقد الذى تبرمه مع الأفراد شرطاً مغايراً للشروط المعروفة فى القانون الخاص^(١) .

ونحن نرى على العكس أن يكفى لتوافر عنصر السلطة أن يتبين من نصوص القانون الذى أنشأ المرفق أن إرادة المشرع قد انصرفت الى إخضاع جزء محدد من نشاط المرفق للقانون الإدارى سواء ظهرت هذه الإرادة صريحة فى النصوص أو أمكن استخلاصها من مجموع النصوص .

(١) *Clauses éparbitantes du droit Commun* وتأخذ بهذا الرأى فى مصر محكمة

القضاء الإدارى فى حكمها الصادر فى ١٦/١٢/١٩٥٦ (مجموعة س ١١ ص ٨٧ حكم رقم ٥٩)

ذلك لأن ظهور هذه الإرادة معناه أن المشرع أراد أن يباشر هذا الجزء المحدد من نشاط المرافق بمقتضى ما تملكه الإدارة من امتيازات بوصفها سلطة عامة تتمتع بجزء من سلطان الدولة وسيادتها .

فاذا تعلز استخلاص لإرادة المشرع من النصوص ، فإنه يمكن الاستدلال على هذه الإرادة بالرجوع للقرائن القانونية أولاً ثم لإرادة الهيئة التي يعهد بها بإدارة المرافق .

ويختلف مدلول القرائن القانونية بالنسبة للمرافق الادارية عنه بالنسبة للمرافق الصناعية والتجارية .

فالمرافق الادارية يفترض أصلاً أنها تنشأ دائماً لتدار بوسائل القانون العام ويعتمد في إدارتها على حقوق السلطة المقررة للإدارة ، ويجوز استثناء أن تباشر الإدارة عملاً من الأعمال المتعلقة بهذه المرافق بنفس الوسائل التي يستخدمها الأفراد في مشروعاتهم الخاصة وفقاً لأحكام القانون الخاص ، إلا أنه في هذه الحالة الاستثنائية لا يمكن اعتبار العمل مدنياً يخضع لأحكام القانون المدني إلا اذا ظهرت نية الإدارة في استخدام وسائل القانون الخاص واضحة جلية .

أما المرافق الصناعية والتجارية ، فالمفروض أنها تنشأ لتدار في جزء من نشاطها على الأقل بوسائل القانون الخاص . فاذا لم تبين نية المشرع بالنسبة لتحديد نطاق تطبيق القانونين الخاص والعام في نشاط هذه المرافق ، فإنه يفترض أنه أراد إطلاق الحرية للسلطة الادارية في استخدام الوسائل التي تراها ملائمة لكل نوع من أنواع النشاط . فان تبين أن السلطة الادارية اعتمدت في مباشرتها لعمل متعلق بنشاط هذه المرافق على حقوق السلطة كان العمل ادالياً وطبقت بالنسبة له أحكام القانون الإداري^(١) ، وإن تبين العكس أو لم يتبين قصد الإدارة أصلاً طبقت أحكام القانون الخاص

(١) وطبيعى أن هذه النية تكون أكثر وضوحاً في حالة استخدام الإدارة فلا وسيلة من وسائل القانون العام أو اتخاذ إجراء ما لا يملك الأفراد اتخاذه أو اذا منعت التقيد شروطاً متغيراً للشروط المعروفة في العقود المدنية .

على أساس أن المقروض أن المرافق الصناعية والتجارية تنشأ أصلاً لتدار
بوسائل القانون الخاص .

الثاني : اننا نطبق معيار السلطة هنا في نطاق يختلف كل الاختلاف
عن نطاق تطبيقه في رأى أنصار نظرية السلطة في الفقه القرنى .

فأنصار نظرية السلطة في فرنسا يرون أن وجود عنصر السلطة في أى عمل
أو نشاط تقوم به الإدارة يكفى وحده لكي يصبح النشاط خاضعاً لأحكام
القانون الإدارى . ومعنى هذا أن الإدارة تملك حرية الاستفادة
من الامتيازات التى يقررها القانون الإدارى بإرادتها وحدها . فإذا رأت
أن تتخذ إجراء مقيداً لحقوق الأفراد وحرىاتهم واستخدمت في القيام به
وسائل القانون العام ، فإن هذا الإجراء يعتبر لذلك عملاً إدارياً يخضع لأحكام
القانون الإدارى ويتمتع بالحصانة المقررة في القانون الإدارى للأعمال الإدارية
دون أن تكون سلطة الإدارة مقيدة في كل ذلك بأى قيد سوى ما تفرضه
هى على نفسها بإرادتها من قيود .

ونحن نرى على العكس أن القانون الإدارى لا يطبق الا حيث يوجد
مرفق عام ولا تتمتع الإدارة في مباشرة نشاطها بالامتيازات التى يقررها
القانون الإدارى الا حيث يوجد مرفق عام . ونظراً لأنه قد أصبح من الجائز
طبقاً لما استقر عليه رأى الفقه والقضاء في الوقت الحاضر أن يطبق القانون
الخاص مع القانون العام على بعض أنواع المرافق العامة . فقد رأينا الرجوع
في هذه الحالة الى معيار السلطة لتحديد نطاق تطبيق كل من القانونين العام
والخاص بالنسبة لهذا النوع من المرافق . وواضح أن معيار السلطة يستخدم هنا
كمعيار تكميل للمعيار الآخر الأصلى وهو المرافق العامة .

ويستخلص من كل ما تقدم أن المرافق العامة يجب في نظرنا أن تتخذ
أساساً لإنشاء مبادئ وأحكام القانون الإدارى المصرى وتحديد نطاق تطبيقه .
وأنه يجب أن يراعى في إنشاء هذه المبادئ والأحكام أن تكون موافقة
لأغراض المرافق العامة وحاجاتها . وأنه لا يجوز تطبيق مبادئ وأحكام القانون

الادارى المصرى الا حيث يوجد مرفق عام وإن كانت هذه المبادئ لا تطبق
حتمًا بالنسبة لجميع أوجه النشاط المتعلقة بالمرافق العامة ، وإنما تطبق فقط
بالنسبة لما يباشر من هذا النشاط اعتماداً على فكرة السلطة .

وعلى هذا الأساس يمكن أن نعرف القانون الادارى المصرى بأنه القانون
الذى يحكم النشاط الذى يتولاه شخص من أشخاص القانون العام فى نطاق
المرافق العامة معتمداً فى مباشرته على ما يتمتع به من امتيازات بوصفه سلطة
عامة تتمتع بجزء من سيادة الدولة وسلطانها .

التعليق على الأحكام

معيار التفرقة بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية

للمكتور على البارودي

مدرس القانون التجارى والبحرى بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية

[حكم محكمة النقض المدنية المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٦/٦/٢٨]

والمنشور بمجلة المحاماة السنة السابعة والثلاثون ص ٨١٥]

لا ننوى أن نعلق على هذا الحكم الهام فى جميع المسائل التى تعرض لها ، وإنما نرى من الأوفق ، مراعاة لوحدة الموضوع ، أن نقصر التعليق على المبدأ الذى تبنته محكمة النقض بصدد المعيار المميز للوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية ، فقطعت بذلك برأى فى موضوع كان ولا يزال محل خلاف فى الفقه والقضاء . والحكم يتضمن ، عدا ذلك المبدأ ، عدة مبادئ قانونية أخرى خاصة بمسئولية الوكيل بالعمولة للنقل وحالات الاعفاء منها والرجوع عند تعدد الناقلين . وسوف نعرض لهذه المسائل بالتفصيل فى بحث قادم ان شاء الله .

لذلك لا يهمننا هنا أن نسرد وقائع القضية بكل تفصيلاتها ، وإنما يكفينا أن نجتزئ من حيثيات محكمة النقض تلك الفقرات التى أعلن فيها الحكم المبدأ القانونى الذى يهمننا التعليق عليه :

(أولاً) المبدأ القانونى :

« ... ومن حيث أن هذا الطعن مردود فى أوجه الثلاثة بأن الوكالة بالعمولة تتميز عن الوكالة العادية بطبيعة الشئ محل الوكالة ، فإذا كان من عروض التجارة أو من البضائع أو الصكوك المتداولة اعتبرت وكالة بالعمولة ، ومن ثم تسرى عليها أحكام قانون التجارة بقطع النظر عن صفة الموكل الذى قد يكون العمل مدنياً أو تجارياً بالنسبة له ، ولما كان بين من الحكم المطعون فيه أن أحمد داود أبو اسماعيل باع « برتقالا » الى معتوق

أحمد حسين وتعهد بشحنه له من فلسطين الى ميناء جدة ترانسيت السويس ، وأن الأول قام بشحنه الى ميناء بور سعيد وكلف الطاعنين باستلامه في ميناء بور سعيد واعادة شحنه الى ميناء جدة ، وقد قاما بذلك فعلا ، فموضوع الوكالة هو « بضاعة » وصفة الطاعنين في هذا الأمر هو نقل هذه البضاعة فهما وكيلان بالعمولة في النقل وضامتان طبقاً للمادة ٩١ من قانون التجارة لسرعة ارسال البضاعة على قدر الامكان الا في حالة القوة القاهرة الثابتة قانوناً ، وضامتان أيضاً طبقاً للمادة ٩٢ من القانون المذكور اذا حصل تلف أو عدمت البضاعة ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك في تذكرة النقل أو قوة القاهرة أو عيب ناشئ عن نفس الشيء أو ما لم يقع خطأ أو اهمال من المرسل .

(ثانياً) التعليق :

اختلف الفقهاء في وضع معيار يميز الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية ، وذهبوا في ذلك ثلاث مذاهب (١) :

١ - يرى البعض أن التفرقة يجب أن تستند الى طبيعة العملية التي عهد الى الوكيل بالعمولة بالقيام بها Nature de l'opération . فاذا كانت هذه العملية تجارية ، كانت وكالة بالعمولة ، والا فهي وكالة عادية . ولا أهمية في هذه التفرقة بين ما اذا كان الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصي أو باسم الموكل . والبعض يضيف الى ذلك شرط أن يكون الوكيل بالعمولة المتعاقد محترفاً ، وفي نظر هؤلاء لا يجوز اعتبار العقد « وكالة بالعمولة » الا اذا كان الذي أبرمه وكيلًا بالعمولة محترفاً وكان موضوعه عملية تجارية (٢) .

(١) أنظر اسكارا والقانون التجاري ١٩٥٢ بند ١٠٦٨ ص ٧١٤ ؛ بروجيارد ولاروش والقانون التجاري ١٩٥٠ ص ١٧٢ ؛ يونكاير ولاهورد لاكوت «القانون التجاري» ١٩٥١ بند ١٠١٧ ص ٤٢٩ ، وريبير «القانون التجاري» ١٩٥٤ بند ٢٣٥٠ ص ٩٤٥ وأستاذنا الدكتور محسن شفيق الوسيط جزء ٢ ص ٧٦

(٢) أنظر ليون كان وريشو جزء ٣ رقم ٤١٤

ويعيب أنصار الآراء الأخرى على هذا الرأي أن بعض الوكلاء بالعمولة المحترفين يكلفون ببيع المحصولات الزراعية ، وهي عمليات مدنية ، ومع ذلك فلا يوجد ما يبرر التفرقة في المعاملة بين هذا الوكيل وغيره من الذين يكلفون بعمليات تجارية ، وذلك إذا وضعنا في الاعتبار طبيعة دور الوكيل بالعمولة ، وهو دور لا يتغير بالنسبة لكل هذه العمليات .

٢ - ويرى فريق آخر من الفقهاء أن المعيار الذي يمكن الاعتماد به في هذه التفرقة هي طريقة تعاقد الوكيل . فإذا تعاقد الوكيل باسم والحساب الموكل ، فهذه هي الوكالة العادية ، أما الوكالة بالعمولة ، فلا بد من أن يتعاقد الوكيل فيها باسمه الشخصي^(١) . ولا عبرة في هذا الرأي بطبيعة العملية التي يقوم بها الوكيل . فإذا قام الوكيل بعملية تجارية باسم الموكل وحسابه ، فهي وكالة عادية . أما إذا تعاقد الوكيل باسمه الشخصي لحساب الموكل فهي وكالة بالعمولة ولو كان موضوعها عملية مدنية . ولهذا الرأي سند قوي من النصوص والعرف . فهو يستند إلى المادة ٨١ تجاري التي تعرف عقد الوكالة بالعمولة وإلى المادة ٨٣ تجاري التي تنص على أنه « إذا عقد الوكيل بالعمولة عقداً باسم موكله بناء على إذن منه بذلك فلكل من الموكل والمقود معه إقامة الطلب على الآخر ، وتراعى فيما للوكيل المذكور من الحقوق وما عليه من الواجبات القواعد المقررة للتوكيل فقط » فكأن نص المادة يحيل إلى القواعد العامة (المدنية) ، إذا تعاقد الوكيل باسم الموكل .

ويعاب على هذا الرأي أن المادة ٦٩٩ مدني تعرف الوكالة العادية بأنها « عقد مقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل » فلم تشترط أن يتم التعاقد باسم الموكل . ومن ثم فإن تعاقد الوكيل باسمه الشخصي لا يخرج عن تعريف المادة ٦٩٩ مدني للوكالة العادية . كذلك نجد أن نص المادة ١٠٦ مدني يتصور حالة تعاقد الوكيل العادي باسمه الشخصي ، إذ تنص على أنه « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض

(١) من هذا الرأي أستاذنا الدكتور حسن شفيق . المرجع السابق بـ ٨٢ وأغلب الفقه الفرنسي : ريبير رقم ٢٣٥٠ ، أسكارا رقم ١٠٥٥ ، لاكور وبوتيرون رقم ٩٤٨

سحاً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يشوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب » وتصورها لهذه الحالة في نطاق التعاقد المدني يجعلنا لا نملك أن نقطع بأن كل وكيل يتعاقد باسمه الشخصي يكون وكيلًا بالعمولة.

٣ - وهناك رأى ثالث يعتد لا بطبيعة العملية ، وإنما بطبيعة الأشياء التي يجري عليها التعامل *Nature de l'objet* . فإذا كانت هذه الأشياء من البضائع أو المنتجات التي يتعامل فيها التجار أو من الصكوك التجارية كانت الوكالة وكالة بالعمولة ، والا فهي وكالة عادية . فلا عبرة بما إذا كان الوكيل يعمل باسمه أو باسم موكله ، وسواء أكان العمل في ذاته مدنياً أو تجارياً^(١) .

وقد رأينا كيف قطعت محكمة النقض المصرية في حكمها الذي أصدرته بتفضيل هذا المعيار الأخير^(٢) ، فقد اعتبرت البرتقال « بضاعة » مما يتعامل فيه التجار . واعتبرت الوكالة لذلك وكالة بالعمولة « بقطع النظر عن صفة الموكل الذي قد يكون العمل مدنياً أو تجارياً بالنسبة له » ، أى سواء أكان هذا الموكل قد اشترى البرتقال لأجل بيعه أو كان هو الذي زرعه . وحكم محكمة النقض غاية في الوضوح والتحديد ، وهو لا يترك مجالاً للشك في أنها قد أرادت أن تتخذ من هذا الخلاف موقفاً نهائياً ، وأنها قد قصدت أن تقطع فيه برأى وأن تدفع المحاكم إلى الاستقرار على هذا الرأى الأخير .

• • •

على أننا نرجو ألا تستقر المحاكم على اتباع الرأى الذى تبنته محكمة النقض ، وأن يتاح لهذه الأخيرة فرصة أخرى ، فتعيد النظر في هذا الموقف الذى اتخذته دون أن يبدو في أسانيد دلائل فحص دقيق . ولا شك لدينا أنها لم تنعم النظر

(١) من هذا الرأى الدكتور عبد الحى حجازى «المقود التجارية» ١٩٥ ص ٦٣

(٢) القضاء الفرنسي متردد بين هذه المعايير الثلاثة : أنظر حكم محكمة بواتيه في ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سري ١٩٢٨ - ٢ - ٨١ وتعليق جازو ، وحكم محكمة باريس في ٢٨ نوفمبر ١٩٣٢ دالوز ١٩٣٣ - ٢ - ٧٧ ، حكم محكمة الجزائر ٢٤ يوليو سنة ١٩٤٨ في المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٤٩ ص ٣٦١ وتعليق همار .

في المذاهب الفقهية الثلاثة التي وجدتها في الفقه ، فهي لم تحاول أن تنتقد المذهبين الآخرين اللذين رفضتهما ، ولا أن تبين وجه الصواب في المذهب الذي تبنته .

وباستعراض هذه الآراء ، والنقد الذي وجهه أنصار كل رأي إلى الآراء الأخرى ، نجد أن هناك مقدمة أساسية مفترضة لم يتعرض لها أحد من الفقهاء الذين تناولوا مشكلة معيار الضيقة لا بالثبوت ولا بالتأكيد ، وإنما مرت تحت أقلامهم كما تمر البدهيات التي لا تحتمل النقاش ، وبنوا عليها كل نتائجهم المنطقية دون أدنى قلق .

هذه المقدمة المفترضة ، هي أن الوكالة بالعمولة مرادف للوكالة التجارية ، بينما الوكالة العادية مرادف للوكالة المدنية . ولا يجد الفقهاء غرضاً في استعمال لفظ « العادية » محل المدنية ، أو في استعمال لفظ « التجارية » محل الوكالة « بالعمولة » . أي أن الفقهاء — وكذلك محكمة النقض المصرية في صياغتها للمعيار الذي تبنته — يفترضون أن الوكالة بالعمولة تجارية دائماً ولا تكون إلا تجارية ، وأن الوكالة العادية مدنية دائماً ولا تكون إلا كذلك . بل إن بعض الفقهاء يعقد مقارنة بين صفات الوكالة بالعمولة والوكالة العادية ، فنجدها مقارنة بين الوكالة التجارية والوكالة المدنية (١) .

وأياً ما كان الرأي في صحة هذه المقدمة ، فقد كان يجب ألا نفترض ، وأن تعرض على الأقل معرض البحث قبل أن تبني فوقها المعايير .

وفي رأينا أن هذه المقدمة المفترضة موضع شك كبير . فالحجة الوحيدة التي تستند إليها — ولعلها هي التي أوحى بافتراضها دون بحث — هي أن الوكالة بالعمولة قد نظمها القانون التجاري بينما الوكالة العادية قد وردت في التقنين المدني . وهي حجة غير كافية . ليس فقط لأنه يجب ألا نستمد من أغلفة التقنينات عناصر التكييف القانوني لعقد أو تصرف ما ، وإنما أيضاً لأنه لا خلاف في الطبيعة بين العقود المدنية والعقود التجارية ، وإنما يكون

(١) أنظر الدكتور عبد الحى حجازي . المرجع السابق ص ٦١

العقد المدني تجارياً إذا أحاطت به ظروف خاصة ، ولا يمنع من اكتسابه صفة التجارية أن تكون قواعده كلها قد نظمها القانون المدني . بل إن بعض القواعد المدنية قد لا تجد تطبيقها العملي إلا في ميدان التجارة ، كقواعد التعاقد بين الغائبين ، كما أن عقداً كمقد البيع لا يمكن أن نجعل خطره بين العقود التجارية وشدة التصاقه بجوهر التجارة ، هذا العقد قد نظمته القانون المدني في تفصيل طويل . (من المادة ٤١٨ الى المادة ٤٨١ مدني) بينما لم يرد ذكره في القانون التجاري الا عرضاً في باب الافلاس . ونحن عند ما نريد أن نعرف ما إذا كان عقد بيع معين يعد تجارياً أو مدنياً فائنا لا نبحث هل وردت قواعد البيع في التقنين المدني أو في التقنين التجاري ، وانما نشترشذ بمعايير الأعمال التجارية ، فنبحث ما إذا كان هذا العقد يعتبر عملاً تجارياً أو مدنياً تطبيقاً لهذا المعيار .

والأمر في عقد الوكالة لا يمكن أن يكون غير ذلك . فعقد الوكالة عقد مدني يمكن أن يكون عقداً تجارياً إذا توافرت ظروف معينة ، وعند ما تتوافر هذه الظروف ، فانه يصبح تجارياً دون أن تتغير طبيعته ، ودون أن تستبعد قواعده الأساسية الواردة في القانون المدني ، وهو لا يتقلب بذلك الى عقد «وكالة بالعمولة» على وجه الحتم ، بل يصحح أن يكون هناك عقد وكالة تجارية عادية ، أي وكالة تجارية يتعاقد فيها الوكيل باسم ولحساب موكله .

ومن الناحية الأخرى ، فان عقد الوكالة لا يكون تجارياً لمجرد أن الوكيل يتعاقد باسمه الشخصي كما جاء في تعريف الوكالة بالعمولة م ٨١ تجاري . فالحياة المدنية لا تجهل هذه الصورة من صور التعاقد . وهي معروفة باسم التعاقد باسم مستعار (prête-nom) ، وقد نظمها وحددت آثارها المادة ١٠٦ من القانون المدني التي تنص على أن أثر العقد لا يضاف في هذه الحالة الى الأصيل دائماً أو مديناً ، الا اذا كان المقروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . هذه الصورة وان كانت غير منتشرة في المعاملات المدنية الا أنها قد تجد ما يبررها . ولنفرض أنني أردت شراء عقار من شخص أعلم أن علاقتي به سيئة ، وأنه - من قبيل النكاية والعتاد - لن يبيعني هذا العقار

مهما أغلقت الثمن ، فيبقي أنني لا أحاول أن أتعاهد معه أو أن يتعاهد معه الوكيل باسمي ، وإنما أحتفي وراء اسم الوكيل الذي يجري الصفقة باسمه ، ثم ينقل لي آثارها بمقتضى الانضاق الخاص الذي يبنى وبين الوكيل . ولا شأن للقانون التجاري بهذا كله

فكاننا لكي نميز عقد الوكالة بالعمولة عن غيره من عقود الوكالة ، يجب أن نتحقق من أمرين :

الأمر الأول : أن يتعاهد الوكيل باسمه الشخصي لحساب الموكل ، كما يقضى بذلك التعريف الوارد في المادة ٨١ تجاري لعقد الوكالة بالعمولة ، ووفقاً للعرف الثابت المستقر ، الذي جرى على أن الوكيل بالعمولة يتعاهد دائماً باسمه الشخصي (١) ، ولأن أغلب الفقه متفق على ذلك ، ولأن تعاهد الوكيل باسمه الشخصي هو الذي يجعل له صفة الاستقلال التي تكسبه صفة التاجر والتي تميزه عن غيره من الوسطاء (وعلى الأخص وكيل العقود) ، وأخيراً لأنه لا شك عندنا في أن النفر القليل من الفقهاء الذي لم يشأ أن يتخذ من تعاهد الوكيل باسمه الشخصي عنصراً مميزاً للوكالة بالعمولة كان يخلط بين الوكالة بالعمولة والوكالة التجارية ، فكان يضع معياراً يضمن تجارية العقد . ولا أدل على ذلك من أن حكم محكمة النقض الذي نحن بصددده يقرر في مبدئه أنه إذا كان الشيء محل الوكالة من عروض التجارة ... الخ ، اعتبرت وكالة بالعمولة ، « ومن ثم » تسرى عليها أحكام قانون التجارة بقطع النظر عن صفة الموكل .

الأمر الثاني : أن يكون عقد الوكالة بالعمولة تجارياً وفقاً للمعيار العام الذي يميز العقود التجارية عن العقود المدنية .

وفي ذلك تنص م ٢/٢ تجاري على أنه يعتبر تجارياً كل مقالة تتعلق « بالتجارة بالعمولة » ، فكان قيام الوكيل بعقد وكالة منفرد باسمه الشخصي

(١) لا أدل على التحقيق من وجود هذا العرف من تتبع تاريخ عقد الوكالة بالعمولة . أنظر في ذلك مقال جيرو سوتل « تاريخ عقد الوكالة بالعمولة حتى التفتين التجاري » من مجموعة مقالات عن عقد الوكالة بالعمولة تحت إشراف العميد هامل ١٩٤٩ ص ٢٧

لا يجعل هذا العقد تجارياً ، وإنما يكون عقد الوكالة بالعمولة تجارياً إذا قام به وكيل بالعمولة محترف .

وإذا طبقنا نظرية الأعمال التجارية بالتبعية فإن عقد الوكالة بالعمولة يكون تجارياً إذا قام به تاجر - حتى ولو لم يكن وكيلًا بالعمولة محترفاً - وكان ذلك لحاجات تجارته .

كذلك يكون عقد الوكالة بالعمولة تجارياً إذا كانت العملية المعهود بها إلى الوكيل عملية تجارية ، وذلك وفقاً للرأى الذى يكتفى بتطبيق نظرية التبعية الموضوعية (أى التبعية للعمل التجارى) ولا يشترط على وجه الحتم التبعية للحرقة التجارية ، اذ يكتفى فى هذا الرأى أن تكون الوكالة تابعة لعمل تجارى لكي تكون تجارية (١) .

ومن الناحية العملية البحتة ، فإن الذى يكسب الوكالة بالعمولة صفتها التجارية عادة ، هو احتراف الوكيل بالعمولة .

والخلاصة أننا إذا أردنا أن نجمع العناصر المميزة لعقد الوكالة بالعمولة فإنه يجب أن نقول أنه العقد الذى يتعاقد فيه الوكيل باسمه الشخصى لحساب الموكل ، اذا كان هذا الوكيل قد احترف هذا النوع من الوكالة أو كان العقد تجارياً لتبعيته للحرقة التجارية أو لأن موضوعه عمل تجارى .

فاذا لم يتوافر أحد هذه العناصر فإننا نفتقد عقد الوكالة بالعمولة الذى تعرفه المادة ٨١ تجارى .

اذا تعاقد الوكيل باسمه الشخصى ولم يكن العقد تجارياً ، فإننا فى الواقع نكون بصدد التعاقد الملتقى باسم مستعار (م ١٠٦ ملقى) .

(١) من هذا الرأى هامل ولاجارد بند ١٧٥ ص ٢٠٤ فى مصر الدكتور محمد صالح جز ١ ص ٦٥ وشد هذا الرأى اسكارا بند ١٢٧ ص ٨٣ وفى مصر الدكتور أكرم الخولى الوسيط جز ١ بند ١٢٥ ص ١٣٨

وإذا تعاقد الوكيل باسم الموكل ولحسابه وكان العقد تجارياً ، فإننا نكون بصدد عقد وكالة تجارية عادية mandat commercial وهي تتميز عن الوكالة بالعمولة commission ، ليس فقط بالاسم ، بل هي موضع دراسة خاصة ولها قواعد مستقلة عن عقد الوكالة بالعمولة (١) .

أما إذا تعاقد الوكيل باسم ولحساب موكله وكان العقد مدنياً ، فإننا نكون بصدد الوكالة المدنية العادية ، أى على الطرف الأقصى من الوكالة بالعمولة .

بذلك فقط يستقيم المعيار السليم لتمييز الوكالة بالعمولة عن غيرها من صور الوكالة تمييزاً لا لبس فيه ولا إبهام .

على أنه يجب ألا ننسى مرة أخرى أن هذا التقسيم بين صور الوكالة الأربعة لا يعنى الفصل التام بين الأحكام التى تطبق على كل منها. اذ خلاف الطبيعة على الاطلاق بين كل هذه الصور ، ولا بد أن نضع ذلك موضع الاعتبار عند ما نحاول تفسير واستنباط أحكام عقد الوكالة بالعمولة .

نقول اذن أنه لا خلاف فى الطبيعة بين صور الوكالة الأربعة ؛ لذلك يتعين أن نقوم بتنسيق أحكامها دون أن نجس أنفسنا بين دفتى التمتين التجارى أو التمتين المدنى ، وإنما نرتب النتائج على الأسباب ، مسترشدين بالقواعد العامة فى النيابة ، والقواعد الخاصة للوكالة المدنية أو الوكالة التجارية على حد سواء .

فاذا كانت الوكالة عادية مدنية ، فإن النيابة تكون كاملة ، ويترتب على ذلك أن كل ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصل (م ١٠٥ مدنى) كذلك تسرى الأحكام الخاصة بالوكالة المدنية .

(١) أنظر جان همار «المفرد التجارية» الجزء الثانى mandat commercial ص ٥

وإذا كانت الوكالة عادية تجارية ، فإن النيابة تكون كاملة أيضاً ،
فخصائص الحقوق والالتزامات الى الأصل (م ١٠٥) ولكن العقد يخضع
للقواعد التي يستلزمها الجوهر الخاص بالحرقة التجارية ، والتي ترتب
على تجارية العقد .

وإذا كانت الوكالة مدنية ، وانما تعاقد الوكيل فيها باسمه الشخصي ،
فإن الأحكام العامة للوكالة المدنية تسرى ، ولكن أحكام النيابة تتعطل ،
فلا تصاف آثار العقد الى الأصل دائماً أو مدينياً (م ١٠٦ مدني) .

وأخيراً فإذا تعلق الأمر بالوكالة بالعمولة التي نحن بصدددها ، فإنه يجب
أن يراعى في استنباط أحكامها :

١ - أنه تتعطل أحكام النيابة فلا تنصرف آثار العقد الى الأصل
إلا ما استثنى بنص خاص .

٢ - يخضع العقد للقواعد التي تنطبق عامة على العقود التجارية .

٣ - وأخيراً فإن العقد يخضع للقواعد الخاصة التي وردت لتنظيمه
في التقنين التجاري (م ٨١ الى ٨٩) ومن بينها ما يتمتع به الوكيل بالعمولة
من ضمانات يتميز به عن بقية الوكلاء وهي حق الحبس وحق الامتياز .

. . .

من كل ذلك يتضح بجلاء ، ليس فقط المعيار الذي يميز الوكالة بالعمولة
عن الوكالة العادية ، وانما تتضح أيضاً الآثار التي ترتب على هذه التفرقة ،
وهي تفرقة غير حادة ولا قاطعة ، وانما هي تفرقة نسبية لصور مختلفة ترجع
لأصل واحد . وأخيراً فإنه يتبين بجلاء أن معيار التفرقة يرتبط بآثار
هذه التفرقة برباط من المنطق القانوني السليم ، وأنه يتفق مع المبادئ القانونية
العامة ، وما استقر عليه العرف التجاري وجرى عليه التعامل .

تم بحمد الله ، طبع هذه المجلة ،
بمطبعة جامعة الاسكندرية في يوم الاثنين
١٨ من رمضان سنة ١٣٧٧ هجرية ،
الموافق ٧ من أبريل سنة ١٩٥٨

على محمد السجواني
مدير مطبعة جامعة الاسكندرية

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIÉE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Dr. HUSSEIN FAHMI*

7ème ANNÉE, 1956 — 1957
(Nos. 1 et 2)

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE